

L'OFFICE DU JUGE ET LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

THÈSE

présentée et publiquement soutenue
pour l'obtention du grade de Docteur en Droit
le 14 Mai 1969

PAR

Jean-Philippe COLSON

MEMBRES DU JURY :

Président : M. L. CONSTANS, Professeur
Assesseurs : { M. A. CASTAGNÉ, Professeur
 { M. J. P. QUENEUDEC, Professeur
 { M. L. FOUGÈRE, Conseiller d'Etat

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, Rue Soufflot, 20 et 24

1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548305_0040

Nous adressons ici nos remerciements aux personnes qui, au Conseil d'Etat, ont bien voulu nous aider dans nos travaux de recherche.

Nous sommes particulièrement reconnaissants à Monsieur le Président Letourneur et à Monsieur le Conseiller d'Etat Fougère pour l'intérêt qu'ils ont bien voulu manifester envers notre travail.

Nous remercions également tous ceux qui, notamment au Tribunal Administratif de Montpellier, ont eu l'obligeance de nous conseiller.

Que Monsieur le Doyen Péquignot, qui a dirigé ce travail et guidé notre recherche, veuille bien trouver ici l'expression de notre reconnaissance.

Nous remercions également Monsieur le Professeur Constans pour l'aide qu'il nous a apportée, les conseils qu'il nous a prodigués, et le soutien qu'il nous a toujours prêté.

Nous remercions enfin Monsieur le Professeur Castagné, Monsieur le Conseiller d'Etat Fougère et Monsieur le Professeur Quéneudec qui ont accepté de participer au jury de cette thèse.

**L'OFFICE DU JUGE ET LA PREUVE
DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**

— La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. —

L'OFFICE DU JUGE ET LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

THÈSE

présentée et publiquement soutenue
pour l'obtention du grade de Docteur en Droit
le 14 Mai 1969

PAR

Jean-Philippe COLSON

MEMBRES DU JURY :

Président : M. L. CONSTANS, Professeur
Assesseurs : { M. A. CASTAGNÉ, Professeur
 { M. J. P. QUENEUDEC, Professeur
 { M. L. FOUGÈRE, Conseiller d'Etat

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20 et 24, Rue Soufflot, 20 et 24

1970

Je dédie cette thèse

à la mémoire du Professeur André GERVAIS

à ma femme



à mes parents

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité Juridique Droit Administratif.
Art.	Article.
C.	Code.
C. adm.	Code Administratif.
C. civ.	Code Civil.
C. pr. civ.	Code de Procédure Civile.
Cass.	Cour de Cassation.
Cf.	Confrontez.
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation.
Concl.	Conclusions.
C.A.	Cour d'Appel.
C.E.	Conseil d'Etat.
D.	Recueil Dalloz.
D.H.	Recueil Dalloz hebdomadaire.
D.P.	Recueil Dalloz périodique.
D.S.	Recueil Dalloz Sirey (à partir de 1956).
Et. et Doc.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat.
G.A.	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.
J.C.P.	Juris-classeur périodique (Semaine Juridique).
J.O.	Journal Officiel.
Obs.	Observations.
Op. cit.	Ouvrage précité.
p.	Page.
R.D.P.	Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger.
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Recueil Lebon.).
Rev. Adm.	Revue Administrative.
Rép. adm.	Répertoire Dalloz de droit public et administratif.
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil.
R.I.S.A.	Revue internationale des sciences administratives.
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif.
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Recueil Sirey.
t.	Tome.
Trib. Adm.	Tribunal Administratif.
T.C.	Tribunal des Conflits.
V.	Voir.

MODE DE CITATION DES DECISIONS JURIDICTIONNELLES

Les décisions de jurisprudence sont citées avec leur date et le nom du requérant, suivis des références bibliographiques. L'origine de la décision est indiquée en tête de la citation selon les abréviations exposées.

En raison de leur fréquence, les références au recueil Lebon sont implicitement indiquées immédiatement après la désignation du nom du requérant par la lettre p. qui précise la page du recueil de l'année.

Exemples :

C.E. Section, 15 février 1961, LAGRANGE, p. 121.

C.E. 26 mai 1965, Sieur KUTSCHERA, A.J.D.A. 1965, II, p. 473, obs. P. LAPORTE.

C.E. Assemblée, 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la Guerre c/COULON, p. 149 ; R.D.P. 1955, p. 995, concl. GREVISSE ; D. 1955, J. 555, note de SOTO et LEAUTE ; A.J.D.A. 1955, II, p. 181, note LONG.

INTRODUCTION

A travers le processus dialectique du procès, de la thèse et de l'antithèse des parties, vers la synthèse élaborée par le juge, se réalise l'unité paradoxale de la preuve. Notion essentiellement objective pour les parties en litige, la preuve devient subjective dès lors qu'elle aboutit à une conviction chez le juge.

La vision qu'on en peut avoir n'est donc pas la même selon qu'on l'observe du point de vue des parties ou de celui du juge.

Cela est d'autant plus vrai que, si l'on fait exception de certains textes particuliers, le régime de la preuve est, en droit administratif, un régime de liberté. Mais c'est aussi d'une liberté contrôlée par le juge qu'il s'agit, et c'est là que réside le paradoxe. L'étude de la preuve administrative est inséparable de celle du caractère inquisitorial de la procédure. Cette liaison, loin de conduire à quelque aliénation, pourtant habituelle en matière d'inquisition, est, au contraire, source de libéralisme.

L'assujettissement de l'administration au règne du Droit a revêtu, selon les époques, des formes variées.

Les progrès du contrôle juridictionnel ont consisté, tour à tour, à étendre la compétence des juridictions administratives en réduisant le nombre des actes qualifiés jadis de « discrétionnaires », à développer le recours pour excès de pouvoir par l'admission de nouveaux cas d'ouverture ; à préciser les exigences de cette voie de droit par l'approfondissement du contrôle des motifs.

Notre but est de montrer pourquoi et comment les progrès actuels de la jurisprudence administrative passent, aujourd'hui, par une action du juge sur la preuve.

A la fonction classique et mécaniste de la preuve, qui est de convaincre le juge en vue de trancher une contestation de droit ou de fait, tend à s'ajouter maintenant une fonction nouvelle, plus dynamique, dans laquelle la preuve devient également pour le juge un moyen de doser le contrôle qu'il désire exercer sur l'activité administrative.

Ces deux fonctions sont complémentaires ; l'une n'exclut pas

l'autre. Ce n'est qu'à partir et au travers de la fonction traditionnelle de la preuve que peut être dégagée sa vocation nouvelle.

L'approfondissement du rôle actuel de la preuve dans le développement de la garantie juridictionnelle des citoyens ne peut être mené à bien sans que soient présentées les lignes de force sur lesquelles il repose.

La fonction classique de la preuve ne saurait donc être écartée.

Toutefois, c'est à un changement radical d'optique que cette recherche nous convie (1).

La logique de l'instance judiciaire incite le commentateur à envisager le problème de la preuve à partir de la situation des parties. C'est là le point de vue habituel, inhérent d'ailleurs aux principes traditionnels de la direction du procès civil par les parties, entièrement conforme à la fonction classique de la preuve dans un système où l'objet, la charge et l'administration de cette preuve sont déterminés avec une précision suffisante par le législateur.

Dans le contentieux administratif, c'est au contraire du point de vue du juge que l'étude de la preuve doit être tentée. C'est ce point de vue qui correspond le mieux aux caractères de l'instance et aux principes de liberté de la preuve et d'intime conviction du juge. Au surplus, seule cette optique, inhabituelle, permet de dépasser la fonction classique de la preuve pour apprécier la qualité de l'action du juge dans ce domaine.

Certes, les deux optiques sont, elles aussi, indissociables, et l'activité des parties en matière de preuve ne doit pas être ignorée. Elle nous servira seulement à mettre en relief l'attitude du juge et à tenter de l'expliquer.

Le but et l'optique de cette recherche étant fixés, il convient aussi d'en justifier les limites.

L'étendue de l'intervention du juge dans le domaine des preuves, sa signification, sont-elles les mêmes selon que l'on considère le contentieux de l'excès de pouvoir et celui dit de pleine juridiction ?

Nous observerons que, dans le contentieux de la légalité, la situation est fondamentalement inégalitaire entre l'administré et l'administration. Non seulement le particulier occupe, le plus souvent, la position défavorable de demandeur à l'instance, mais

(1) M. Pactet a consacré une thèse très intéressante au problème de la preuve devant la juridiction administrative, seul ouvrage, à notre connaissance, offrant une analyse d'ensemble sur ce sujet : « Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative ». Paris, Pedone, 1952. Notre but est nettement moins descriptif et consiste essentiellement à étudier les caractères de l'office du juge en matière de preuve et à essayer d'en proposer une explication.

cette situation est également aggravée du fait que c'est l'administration qui détient la plupart des moyens matériels de preuve nécessaires à la démonstration d'une illégalité. Cela incite le juge à utiliser ses pouvoirs d'investigation dans le but de remédier au déséquilibre de l'instance qui défavorise le particulier. L'attitude du juge obéit alors à une certaine logique que le régime de la preuve au sens traditionnel, c'est à dire le résultat de la démonstration des parties, ne suffit pas toujours à expliquer.

Dans le plein contentieux, l'inégalité des parties est moins accusée et, par là même, l'intervention du juge, moins justifiée. Son action n'a ni les mêmes fondements ni le même objet. Elle reste alors beaucoup plus marquée par les données civilistes du problème de la preuve dans lesquelles la fonction classique de la preuve est seule envisagée.

Dans ces conditions, c'est naturellement le contentieux de l'excès de pouvoir (et celui de cassation) qui constituera notre hypothèse privilégiée de recherche.

L'attitude du juge de pleine juridiction ne sera pas, pour autant, délaissée, mais sa présentation, à notre sens moins novatrice, aura pour intérêt principal de permettre d'apprécier l'originalité de l'action du juge de la légalité.

La limite de cette recherche se confond ainsi avec sa justification essentielle.

Le recours à la notion d'inégalité n'est pas nouveau et les auteurs qui ont étudié le problème de la preuve administrative en ont déjà souligné l'intérêt. Elle constitue, à notre avis, une base appréciable d'explication *globale* de l'attitude du juge en fonction de la distinction des contentieux. Elle présente également le mérite de mettre en valeur les différents moments de l'instance où l'intervention du juge se révèle le plus nécessaire.

Mais le recours à la notion d'inégalité comme principe d'explication de l'attitude du juge en matière de preuve demeure, en soi, insuffisant.

Considérée globalement, cette notion ne permet pas d'expliquer pourquoi, dans une situation inégalitaire inchangée, qui est le propre de bon nombre de procès faits à l'administration par des particuliers, l'attitude du juge au regard de la preuve varie pourtant d'un litige à un autre.

L'explication de l'office du juge administratif au regard de la preuve découle à la fois d'une analyse plus poussée de la notion d'inégalité *et* de la variation d'autres facteurs.

C'est à la présentation des différentes modalités d'intervention du juge dans le domaine de la preuve et à l'essai d'une explication ordonnée de ces diverses attitudes qu'est consacrée cette recherche.

Elle nous conduira tout d'abord à observer comment le juge administratif exerce son contrôle sur les preuves que lui présen-

tent les parties. C'est assurément là que réside l'aspect le plus traditionnel de sa mission. Là aussi qu'une comparaison avec l'office du juge civil se laisse le mieux saisir.

Mais elle nous permettra aussi de constater que le juge administratif peut être conduit à participer lui-même à la recherche des preuves si l'effort des parties lui paraît insuffisant ou si cet effort se heurte à quelque difficulté. C'est dans cette optique que l'action du juge dans la recherche de la vérité peut constituer un instrument plus efficace pour le contrôle de l'activité administrative.

La distinction de ces deux démarches, souvent mêlées au cours de l'instance, n'est évidemment pas chronologique. Elle n'est pas non plus arbitraire : le juge contrôle toujours les preuves administrées par les parties ; il ne participe à leur recherche que s'il estime cette démarche justifiée.

Enfin s'accomplit la synthèse annoncée, soit directement à partir des preuves avancées par les parties, soit à la suite de la participation du juge à la recherche de la vérité.

C'est alors le problème de l'administration des preuves et de la formation de la conviction du juge.

Première Partie. LE JUGE ET LE CONTROLE DES PREUVES.

Deuxième Partie. LE JUGE ET LA RECHERCHE DES PREUVES.

Troisième Partie. L'ADMINISTRATION DES PREUVES ET LA CONVICTION DU JUGE.

PREMIERE PARTIE

LE JUGE ET LE CONTROLE DES PREUVES

En matière de preuve, le rôle classique de tout juge consiste à contrôler, en les dirigeant plus ou moins fermement, les productions des parties. Sans lui être particulier, cet aspect de la mission du juge administratif est cependant très intéressant ; en effet les particularités de la procédure administrative et le caractère des preuves recherchées par les parties lui confèrent souvent un aspect original. Les procédés de contrôle mis en œuvre par le juge civil et par le juge administratif ont certes bien des points communs, et c'est assurément dans ce domaine que leurs fonctions offrent les plus grandes similitudes. Mais la manière dont les juges administratifs dirigent l'instruction et contrôlent l'offre de preuve des parties témoigne de la particularité et de la spécificité de leurs pouvoirs par rapport à ceux des magistrats des tribunaux civils. Les limites de ces pouvoirs ne sont pas non plus toujours les mêmes.

A tous égards la comparaison est intéressante et doit être tentée ; elle seule permettra de mieux comprendre la véritable dimension de ce contrôle juridictionnel des preuves administrées par les parties. L'étude de ce contrôle fera donc l'objet d'un chapitre.

Toutefois, la notion même de parties étant très largement contestées dans le contentieux de l'excès de pouvoir, contentieux dit « objectif », il convient auparavant de montrer quelles peuvent être les conséquences de cette qualification et, tout spécialement, ses limites en matière de preuve. La notion de partie et son utilisation par le juge en matière de preuves feront donc l'objet d'un premier chapitre.

Chapitre I : La notion de partie et la preuve.

Chapitre II : Le contrôle de la production des preuves.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE PARTIE ET LA PREUVE

Examiner une preuve, c'est, pour le juge, reconnaître l'existence d'une allégation, d'une prétention contestée, par quoi un litige est né. On dit aussi, traditionnellement, d'un litige, qu'il résulte des prétentions contraires de deux parties. En faisant droit à l'une d'entre elles, le juge en reconnaît le bien fondé et rejette du même coup les allégations, les preuves, bref, la thèse opposée. On concevrait mal que puisse être ainsi confirmée une position sans défenseur, par la seule insuffisance des arguments qui lui seraient opposés. Dans la plupart des cas, c'est à l'issue d'un échange entre parties que, sous le contrôle et l'arbitrage du juge, est confirmée ou rejetée telle position contestée.

Tout, dans le procès, postule l'existence, à côté de la partie qui prend l'initiative de saisir le juge, d'une partie défenderesse qui s'efforce de faire échec, par des moyens appropriés, aux prétentions de la demande.

Tel est bien normalement le cas, et il ne serait pas nécessaire d'insister, n'était-ce la contestation, l'exclusion même, par la majorité des auteurs, de la notion de partie dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

C'est seulement dans la mesure où le juge, en dépit de la nature de ce contentieux, reconnaît à l'administration la qualité de partie et en tire toutes les conséquences procédurales qu'une comparaison de son action sur les preuves entre les différents contentieux peut conserver quelque utilité.

Doit-on considérer que l'administration, mise en cause plus ou moins directement à l'occasion d'une demande d'annulation d'un de ses actes, est une partie et est traitée comme telle par le juge pour tout ce qui a trait à la preuve ? Ou bien faut-il reconnaître que la spécificité du recours pour excès de pouvoir et son caractère objectif conduisent le juge à adopter une attitude, elle aussi spéciale, à son égard ?

En un mot, en matière de preuve, les solutions retenues par

le juge, par exemple dans le contentieux de pleine juridiction, se rencontrent-elles également dans celui de l'excès de pouvoir ?

Nous pensons qu'il existe, certes, des différences entre ces deux types de contentieux, dont il faudra tenir compte, mais elles ne se situent pas à ce niveau.

A bien des égards, la controverse relative à la notion de partie et à son exclusion du recours pour excès de pouvoir est largement doctrinale. Le Conseil d'Etat tient compte de ces qualifications établies à partir de l'interprétation des faits, mais, pour intéressante qu'elle soit, la distinction des contentieux objectif et subjectif n'a aucune valeur de norme à laquelle le juge serait soumis. En particulier, l'exclusion de la notion de partie dans le contentieux dit « objectif » ne s'explique que si l'on considère cette notion comme étroitement liée à la production, devant le juge, d'une prétention à l'appui de laquelle seront présentées des preuves de l'exactitude ou de la valeur de cette prétention. De ce point de vue, l'administration qui dispose d'un privilège général d'action d'office n'a pas besoin de soumettre de prétention au juge et n'apparaît pas comme une partie au sens étroit que l'on rencontre dans un procès civil, par exemple. Doit-on, pour autant, exclure l'administration du droit ou de l'obligation de prouver ?

Sur le plan procédural, le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir est très largement battu en brèche.

En matière de preuve, l'administration est considérée par le juge comme une « partie » (Section I).

Elle est, en conséquence, soumise à toutes les exigences du droit à la preuve (1), comme n'importe quelle partie à un procès (Section II).

SECTION I. — EN MATIERE DE PREUVE, L'ADMINISTRATION EST CONSIDEREE COMME UNE PARTIE.

Les études consacrées à la notion de partie occupent, dans la doctrine administrative, une place importante qui s'explique par l'exclusion dont elle fait encore l'objet, pour la majorité des auteurs, dans le contentieux de l'excès de pouvoir. On est en droit de se demander si cette exclusion, à la supposer fondée, n'entraîne pas, dans le domaine des preuves, des conséquences dont il faudrait tenir compte dès le départ. Cela suppose que soit en premier lieu définie la nature des rapports unissant les notions de partie et de preuve (§ I). Il sera possible ensuite de rechercher quelles sont éventuellement les conséquences, sur le régime des preuves, de l'exclusion des parties dans le recours pour excès de pouvoir (§ II).

(1) Le droit à la preuve envisagé ici résulte de l'obligation pesant sur les parties de fournir tous les éléments de preuve et, plus généralement, toutes les informations ou communications susceptibles d'éclairer le juge. Il doit être distingué du droit de la preuve qui consiste dans le régime juridique des preuves envisagé dans ses divers aspects.

§ I — *Les notions de preuve et de partie dans le contentieux administratif.*

A) *La notion de preuve.*

D'innombrables définitions de la preuve ont été proposées, différentes le plus souvent, en fonction de la perspective adoptée par leurs auteurs. Celle-ci les conduit tantôt à une explication d'ensemble, procédant d'une vision synthétique ou finaliste de la preuve, qui peut être alors « ce qui persuade l'esprit d'une vérité » (1 bis), ou ce qui « implique une recherche de la vérité et tend à démontrer l'existence d'un acte ou d'un fait contesté pour en tirer des conséquences juridiques » (2), et tantôt à une explication plus analytique.

C'est ce que proposent Aubry et Rau lorsqu'ils distinguent le fait de produire des éléments de conviction à l'aide desquels une partie entend établir la vérité d'une allégation, les éléments de conviction considérés en eux-mêmes, enfin le résultat de la production de ces éléments sur la conviction du juge (3). Cette présentation analytique offre le grand intérêt de séparer nettement plusieurs aspects qui tous concourent à définir la notion de preuve.

Chaque régime de preuve laisse ainsi place à une démonstration, un raisonnement, qui s'appuient sur des vérifications matérielles ou modes de preuve et qui peuvent persuader le juge d'une vérité ou d'une probabilité.

Tout l'intérêt d'une étude de la preuve consiste à rechercher quelle importance chacune de ces opérations revêt et, à partir de là, quel rôle jouent le juge et les parties dans la démonstration d'ensemble qui permet d'apporter au litige une solution, tout en indiquant aussi quelle sera, dans ses grandes lignes, l'attitude du juge pour les litiges à venir.

Chacun des trois aspects, de la production des preuves, des éléments de preuve considérés en eux-mêmes, et de la conviction du juge, n'a pas la même importance selon le système probatoire considéré.

La définition d'un régime légal de preuve permet de préciser qui peut ou doit prouver (et éventuellement ce qui doit être prouvé), comment, c'est-à-dire à l'aide de quels moyens, et avec quels résultats, par exemple en fixant la force probante, le degré de certitude que le juge doit reconnaître à ces productions.

On peut, à l'inverse, concevoir un système dans lequel ni l'objet, ni la charge ou l'administration de la preuve, ni les règles de formation de la conviction du juge ne reçoivent de solution précise.

(1 bis) Domat, Lois civiles, 1^{re} Partie, Liv. III, T. VI.

(2) Perrot, Cours de droit civil français de Beudant et Lerebours-Pigeonnière, Tome IX, p. 205.

(3) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, T. XII, 5^e éd. par Martin, p. 63.

Dans ce cas le problème de la production des preuves peut être abandonné à l'initiative des parties, toute la question étant alors de savoir, sinon qui doit prouver, du moins à qui devra être éventuellement imputée une insuffisance des preuves fournies au cours du procès.

Les modes de preuve utilisés à l'appui de la démonstration peuvent ne recevoir aucune limitation quant à leur admissibilité : un témoignage, une expertise, un document d'ordre privé sont des éléments de preuve qui peuvent suffire à entraîner la conviction du juge.

Cette conviction, enfin, est naturellement libre.

Lorsqu'il n'existe pas de règle stricte déterminant impérativement l'objet, la charge, l'administration des preuves et la formation de la conviction du juge, le problème essentiel est celui du degré de liberté dont jouissent respectivement le juge et les parties.

Dans un système de type accusatoire, qui est celui qui caractérise la procédure civile, le rôle des parties est fondamental. Elles font valoir des prétentions diverses, assorties de moyens de droit ou de fait, qui reposent sur des allégations contestées dont il faut démontrer la vérité ou établir l'inexactitude. Logiquement, un tel système s'accompagne d'un régime de preuve légale qui obligera les parties à utiliser certains modes de preuve à l'exclusion d'autres, en fonction de l'objet de leur démonstration, et le juge à ne forger sa conviction que d'après ces modes de preuve et compte tenu de leur force probante.

Dans un tel système le rôle des parties importe plus que celui du juge, l'administration légale des preuves l'emporte sur la liberté de l'intime conviction.

Le caractère inquisitoire de l'office du juge administratif n'est pas radicalement incompatible avec un tel système, mais il s'accompagne plus volontiers d'une grande liberté dans la recherche, l'administration des preuves, ou la formation de la conviction du juge. En l'absence de détermination légale du régime des preuves, c'est à dire dans la majeure partie du contentieux administratif, la preuve est libre, ce qui veut dire que l'intime conviction tend à l'emporter sur l'administration des preuves stricto sensu.

On comprend alors que puisse exister une certaine participation du juge à la recherche des preuves au cours de l'instruction. Cette intervention du juge, qui caractérise si heureusement le recours pour excès de pouvoir, n'exclut pas, naturellement, tout effort probatoire de la part des parties. La preuve étant cette « rançon des droits » dont parlait Ihéring, les parties doivent réunir des éléments de preuve suffisants à l'appui des moyens qu'elles invoquent au soutien de leurs prétentions.

C'est ici que l'on risque de se heurter à une difficulté. Pour la majeure partie de la doctrine, il n'existe pas de véritables parties à un recours pour excès de pouvoir. Est-il alors possible d'imposer à l'Administration la production d'une quelconque preuve ?

B) *La notion de partie.*

Elle se comprend plus aisément qu'elle ne se définit.

La notion de partie apparaît, de prime abord, inséparable de celle de prétention. Un litige naît dès qu'une prétention juridique émise par une personne se heurte à la prétention opposée d'une autre personne. La solution du litige passe alors obligatoirement par un examen des diverses preuves réunies par ces personnes à l'appui de leurs prétentions respectives. Dès lors, il existe, semble-t-il, dans tout litige, un lien logique entre les notions de partie, de prétention et de preuve.

Une partie est une personne juridique qui fait valoir une prétention contestée dont elle demande au juge la reconnaissance ou la confirmation. On voit par là que la notion de droit subjectif est étroitement liée, au plan contentieux, à celle de partie. L'existence d'un tel droit est la condition de l'exercice d'une action en justice personnalisée. C'est pour obtenir la reconnaissance de son droit contesté qu'une personne intente une action en justice et réunit des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'exactitude des faits sur lesquels repose ce droit. On est alors conduit à admettre logiquement qu'à la question : qui peut (ou doit) prouver, le juge soit tenté de répondre : la personne dont la prétention est contestée devant lui, ou qui conteste, elle-même, une prétention opposée : une partie.

Que la prétention vienne à manquer, qu'il ne soit pas possible de faire valoir devant le juge un véritable droit, il devient alors difficile de parler de partie. Peut-on, dans ces conditions, dire que cette personne est admise à produire devant le juge des preuves dans un but aussi mal défini ?

En l'absence de véritable prétention faisant valoir un droit en justice, il est délicat de parler de partie et il devient difficile aussi de parler de preuve.

Telle est, semble-t-il, l'opinion, répandue dans la doctrine, qui considère que, dans un recours pour excès de pouvoir, l'administration ne soumettant pas une véritable prétention au juge, et le requérant ne faisant pas valoir un véritable droit en justice, ne sont pas des parties.

Que faut-il en penser ? Peut-on considérer que le recours pour excès de pouvoir n'ouvre pas un litige entre parties ? Est-il possible de rechercher, par de-là les qualifications doctrinales, s'il existe effectivement un particularisme du régime des preuves dans le contentieux de l'excès de pouvoir, qui s'expliquerait par son caractère « objectif » et par l'exclusion de la notion de partie ?

§ II — *Examen critique des conséquences de l'exclusion des parties sur le régime des preuves dans le contentieux de la légalité.*

Qu'il soit fait appel à une classification fondée sur l'étendue

des pouvoirs du juge ou à une répartition du contentieux administratif en contentieux objectif et subjectif, tirée de la nature de la question posée au juge, le recours pour excès de pouvoir occupe, dans l'ensemble du contentieux administratif, une place à part qui s'est caractérisée pendant une grande période par l'exclusion à peu près totale de la notion de partie.

L'idée que le recours pour excès de pouvoir ne laisse pas de place à la notion de partie découle de ce que ce recours ne permettrait pas de faire valoir de droit, c'est à dire excluerait tout aspect subjectif. Force nous est de reconnaître que si une partie de la doctrine critique cette thèse, cette dernière, sous des dénominations diverses, fait toutefois l'unanimité de la majorité des auteurs qui ont adopté, à la suite de Duguit, la distinction entre contentieux objectif et subjectif.

Nous exposerons rapidement les principaux traits de la doctrine objectiviste et les altérations qu'elle a subies ; nous expliquerons ensuite pourquoi, à notre avis, aussi bien en ce qui concerne les tenants de cette thèse que ceux des thèses subjectivistes, la notion de « partie » a pris une importance excessive par comparaison avec une jurisprudence très nuancée qui, tout en affirmant que « le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès entre parties », ne se comporte pas moins, en matière de preuve, comme si l'administration était ce, qu'à défaut d'autre terme aussi commode, il faut bien continuer à qualifier de « partie ».

A) La thèse de la nature objective du recours pour excès de pouvoir est critiquée par une partie de la doctrine.

1) *Le principe de la thèse objective* est que le recours pour excès de pouvoir est un « procès fait à un acte » et non « un procès entre parties » (4). A première vue, cet argument revêt une grande force car il est énoncé avec précision par le Conseil d'Etat (4 bis) et la jurisprudence en a tiré des conséquences apparemment fort logiques.

Les conditions de recevabilité du recours sont plus larges que dans d'autres domaines : conçu à l'origine comme devant être individuel et privé, l'intérêt aujourd'hui requis pour intenter une action en excès de pouvoir n'est pas nécessairement propre au requérant (5). De même, si les décisions d'annulation ont un effet « erga

(4) V. notamment, Duguit, *Traité de droit Constitutionnel*, 1928, t. II, p. 458 ; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12^e éd. 1933, p. 396 ; Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p. 667 ; Waline, « Vers un reclassement des recours contentieux ? », *R.D.P.*, 1935, p. 305.

(4 bis) C.E. Assemblée, 21 avril 1944, *Soc. Dockes*, p. 20 : « le recours pour excès de pouvoir n'a pas fait naître de litige entre les deux parties ».

(5) C.E. 10 février 1950, *Gicquel*, p. 99, *Concl. Chenot* : « Il n'est pas nécessaire que l'intérêt invoqué soit propre au requérant, mais il doit s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés sans l'agrandir tout à fait aux dimensions de la collectivité nationale ».

omnes », c'est aussi, précisément, parce que le recours mis en œuvre débordé par certains aspects le cadre des activités et des intérêts propres à celui qui l'a intenté.

A la prétention subjective du demandeur correspond, non pas une autre prétention particulière et opposée, qui serait celle de l'administration, mais un état de droit objectif auquel il convient de confronter l'acte attaqué. En décidant de saisir le juge de ce qu'il pense être une illégalité, le requérant s'engage dans un processus juridique qui, s'il peut éventuellement lui donner satisfaction, a cependant pour but premier d'assurer le respect ou le rétablissement de la légalité.

C'est la raison pour laquelle le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte (6).

a — En conséquence certains auteurs ont été tentés d'expliquer le particularisme des preuves dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir par la nature « objective » de ce recours excluant toute référence à la notion de partie. Telle est, semble-t-il, l'attitude d'une partie des auteurs qui ont établi un rapprochement entre la nature du recours pour excès de pouvoir et le régime des preuves. M. Weil utilise ainsi cet argument (7) :

« A force d'affirmer que le recours pour excès de pouvoir a essentiellement pour objet le respect de la légalité par l'administration, le Conseil d'Etat a été conduit à se comporter comme si cela était entièrement exact... S'il exige toujours que le requérant fournisse, à l'appui de ses prétentions, plus que de simples allégations (ce qui, dans certains cas, est de moins en moins exact), il a du moins mis une partie du fardeau de la preuve à la charge de l'administration. Tout cela eût sans doute été impossible si le juge de l'excès de pouvoir avait conçu son rôle comme celui d'un arbitre entre des droits ou des intérêts opposés. Tout cela a été possible dès lors qu'il s'estimait investi, fût-ce par la voie d'une fiction juridique, de la mission d'apprécier, non plus la valeur de prétentions, mais la régularité de décisions ».

MM. Auby et Drago ont une opinion assez voisine de celle de M. Weil. Pour les auteurs du traité de contentieux administratif : « La jurisprudence n'a jamais renoncé à y voir (il s'agit du recours pour excès de pouvoir) un système général de contrôle de l'administration ; les règles de preuves... montrent que ce recours est considéré à certains égards comme le mode de déclenchement d'un contrôle conforme à l'intérêt général, quelle que soit, par ailleurs, sa fonction de protection des situations particulières » (8).

b) — Certains auteurs ont également fait remarquer, à juste

(6) C.E. Assemblée 17 février 1950, Dame Lamotte, R.D.P. 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline.

(7) Préface à l'ouvrage de M. Kornprobst sur « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir ». Paris, L.G.D.J. 1959.

(8) Auby et Drago, Traité de contentieux administratif, N° 996.

titre, que le Conseil d'Etat n'utilisait pas entièrement les possibilités que lui offraient les textes en matière d'instruction, et que cette attitude pouvait être expliquée par le souci de ne pas aller à l'encontre de l'intérêt général et de la bonne marche des services publics (9). En d'autres termes, le juge répugnerait à instruire tous les incidents relatifs à la preuve chaque fois que la « défense d'un intérêt privé pourrait nuire à la poursuite de l'intérêt général » (10). Cette explication, tirée en définitive de la nature objective du recours pour excès de pouvoir, ne nous convainc pas.

D'abord elle ne concerne pas les tribunaux administratifs qui, même dans le contentieux de l'excès de pouvoir, ne se privent généralement pas d'utiliser les mesures d'instruction les plus variées (11). Ceci explique d'ailleurs, entre autres, que, le dossier étant, en appel, le plus souvent déjà largement instruit, il ne soit plus nécessaire au Conseil d'Etat de recourir à de nouvelles mesures d'instruction.

Ensuite, le Conseil d'Etat lui-même, depuis l'époque où ces remarques pertinentes ont été faites, semble s'orienter vers une utilisation plus active de ses pouvoirs d'instruction (12).

Enfin il n'est pas impossible de voir dans cette évolution une nouvelle manifestation de la personnalisation du recours pour excès de pouvoir.

c — En effet, le régime des preuves du contentieux administratif, et spécialement du recours pour excès de pouvoir, est marqué par une profonde évolution, même si elle n'est ni spectaculaire, ni rapide (elle n'en sera vraisemblablement que plus durable). C'est une évolution qui, dans sa phase décisive, c'est à dire libérale, est assez récente ; elle ne se manifeste avec assez de sûreté qu'à partir des années cinquante (13).

(9) P. Pactet : « Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative ». Paris, Pédone, 1952, p. 143 s.

H. Léoan : « La procédure devant le Conseil d'Etat statuant en premier et en dernier ressort ». Thèse, Paris, 1954, p. 135.

(10) Mlle J. Lemasurier : « La preuve dans le détournement de pouvoir ». R.D.P. 1959, p. 38.

(11) Cf. J. Lapanne-Joinville : « La direction de la procédure devant les tribunaux administratifs ». A.J.D.A. 1965, pp. 324 et 380. Le Conseil d'Etat sanctionne cependant certaines interprétations excessives des Tribunaux Administratifs. V. par exemple sur le sens des articles 6 et 9 de la loi du 22 juillet 1889 relatifs au désistement d'office : C.E. Section 19 octobre 1962, Sieur Demonchaux, p. 557. A.J.D.A. 1963, p. 44, note B. Paulin.

(12) Décisions du Conseil d'Etat ordonnant avant-dire-droit :

— une enquête : C.E. Section, 22 juin 1963, Sieur Poncin, p. 393. C.E. 23 novembre 1966, Sieurs Frank et Palfer-Sollier, pp. 997-1055 ; C.E. 18 avril 1969, Consorts Vitry, A.J.D.A. 1969 p. 362, note A. Homont ; p. 424, concl. Morizot.

— une visite des lieux : C.E. 5 février 1969, Sieur Warembourg, N° 73.484.

V. infra, troisième partie.

(13) C.E. Assemblée, 28 mai 1954, Barel, p. 308. R.P.D.A. 1954, p. 149, concl. Letourneur.

Incontestablement, cette orientation constitue un nouveau et ultime progrès du système juridictionnel de contrôle de l'administration. Nous refusons cependant de ne voir là qu'un effet de la nature objective du recours pour excès de pouvoir. Les règles de preuve auxquelles MM. Auby et Drago font allusion représentent, à notre avis, une nouveauté que la nature objective de l'excès de pouvoir n'impliquait pas et dont les administrés avaient dû se passer avant que la jurisprudence ne se décidât, pour des raisons tirées de l'inégalité des parties, à les mettre en œuvre.

Le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir ne suffit pas davantage à les expliquer aujourd'hui.

Le régime des preuves de l'excès de pouvoir, tout en constituant un élément avancé du contrôle juridictionnel, n'est pas pour autant la conséquence d'une nature contentieuse qui excluerait la notion de partie. Ce régime s'explique surtout par l'inégalité des parties et le souci du juge d'y porter remède. Que cela corresponde en même temps à un affinement du contrôle juridictionnel peut naturellement prêter à confusion quant aux causes de cette évolution. En tout cas, ce perfectionnement du contrôle de l'administration s'effectue à partir de la notion même de parties et en considération de leur situation réciproque.

Nous ne croyons pas non plus que, pour alléger le fardeau de la preuve, le Conseil d'Etat doive recourir à ce que M. Weil nomme la fiction bienfaisante de la théorie classique (objective). Au contraire, il y a plutôt corrélation entre l'action du juge de la légalité en matière de preuve et le développement des éléments subjectifs. Cette action est une manifestation nouvelle qui, à notre sens, prend place parmi les éléments subjectifs que M. le Président Letourneur recensait il y a quelques années (14). Ceux-ci résultaient d'une jurisprudence qui, par des voies diverses (contrôle du fait matériellement inexact, distinction des motifs déterminants et surabondants...), conduisait le juge de la légalité à se livrer à des appréciations subjectives et à des interprétations de la volonté administrative. Nous pensons que l'action du juge en matière de preuve se rattache à cette tendance jurisprudentielle et la complète. Certaines règles de preuves permettent au juge de doser le contrôle qu'il exerce sur l'activité administrative. Ce faisant, il ne s'écarte pas de son rôle « d'arbitre entre des droits et des intérêts opposés » mais l'assume au contraire pleinement en s'efforçant de rétablir un équilibre que l'inégalité des parties menace fréquemment.

Loin d'être une manifestation du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, l'action du juge en souligne plutôt la personnalisation croissante.

Au surplus, la thèse de la nature objective du recours pour excès de pouvoir est assez sérieusement ébranlée. Elle reçoit des altérations qui vont des simples restrictions jusqu'à la négation.

(14) Etudes et Documents du C.E. 1953, p. 66 : « L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir ».

2) *Les restrictions apportées à la thèse objective.*

Elles se manifestent en plusieurs sens mais témoignent toutes du désaccord qui a pu exister entre certains auteurs quant à la portée exacte de la nature objective du recours pour excès de pouvoir, soit que certains aient eu tendance à la « sous-estimer » (Hauriou), à la « sur-évaluer » (Alibert) ou aient enfin jugé souhaitable d'en corriger certains effets (Blum, Alibert...).

a — *Position d'Hauriou* : « Il y a quelque chose de changé dans le contentieux administratif français... c'est que le recours pour excès de pouvoir pâlit et s'efface de plus en plus devant le recours contentieux ordinaire ».

Telle était bien, pour l'éminent juriste, la conclusion qu'il convenait, à l'époque de tirer de l'analyse de l'arrêt Boussuge (15). Elle lui permettait, à quelques nuances près, de confirmer l'inévitable et graduelle absorption du recours pour excès de pouvoir par le recours de pleine juridiction qu'il annonçait déjà en commentant les arrêts Blanc, Argaing et Bézie (16).

Il est certes bien banal de remarquer que le recours pour excès de pouvoir est demeuré bien vivant, mais l'on doit constater que c'est aussi au prix d'une contradiction : la tierce opposition, admise en 1912, n'a pas été remise en cause non plus : simplement, le mouvement alors amorcé, et confirmé depuis à maints égards, n'a pas été jusqu'à l'aboutissement logique qu'escomptait le Doyen Hauriou.

b — *Position d'Alibert* (17). « L'évolution jurisprudentielle tend à faire absorber le recours de pleine juridiction par le recours pour excès de pouvoir et à réaliser, dans cette dernière forme de contentieux administratif, la synthèse du contrôle des juges sur le fonctionnement des services publics ».

Cette conclusion, thème essentiel de l'auteur, promet au recours pour excès de pouvoir un avenir qu'il est loin d'avoir atteint, mais elle avait, selon nous, le mérite de mettre en évidence tous les éléments subjectifs contenus dans le recours, qu'il s'agisse des règles de recevabilité, des pouvoirs du juge ou de la portée de la décision.

c — *Position de L. Blum*. « Vos décisions consacrent des droits... chaque fois que le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre un acte nominatif visant un individu ou une catégorie d'individus... mais il en est autrement quand il ne s'agit plus

(15) C.E. 29 novembre 1912, Boussuge, p. 1128. S. 1914.3.33, concl. Blum, note Hauriou.

(16) S. 1912. 3.129.

(17) R. Alibert : « Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir ». Payot, 1926, p. 58.

d'actes nominatifs et individuels, mais d'actes réglementaire... » (18).

En proposant à la Haute Assemblée d'adopter cette distinction, le Commissaire du Gouvernement s'efforçait d'apporter un correctif à ce qu'une application sans nuance du principe objectif du recours aurait pu avoir de choquant.

C'est à peu près à la même idée que R. Alibert devait, par la suite, recourir en proposant de conserver au recours pour excès de pouvoir sa physionomie propre pour toutes les violations de légalité externe et pour les violations de légalité interne concernant les actes réglementaires.

Ces diverses opinions, très brièvement rappelées, nous montrent qu'au sein même de la doctrine qui acceptait de reconnaître au recours pour excès de pouvoir un certain caractère objectif, les opinions divergeaient cependant à propos de la place à accorder aux divers éléments subjectifs rencontrés.

3) *Le développement des thèses subjectivistes.*

Depuis ses partisans classiques, cette thèse a reçu un renfort considérable avec l'ouvrage de M. Kornprobst (précité).

a — *La thèse subjectiviste classique* : Barthélemy et Bonnard (19).

Deux propositions permettent de résumer très schématiquement le point de vue subjectiviste classique.

Par définition, un litige supposant une contestation, le rôle du juge est de trancher une question relative à un droit subjectif.

En droit administratif, les particuliers détiennent des droits subjectifs à l'encontre de l'administration dont ils ont le droit (subjectif) d'exiger qu'elle respecte le Droit (objectif). Bonnard parlait en ce sens de « droit subjectif des administrés au respect de la légalité ».

Selon cette conception, le recours pour excès de pouvoir, qui permet de faire valoir un droit subjectif, fait donc partie du contentieux subjectif qui recouvre d'ailleurs ainsi, pratiquement, l'ensemble du contentieux administratif, à l'exception du contentieux de la répression.

b — *La thèse subjectiviste moderne* : M.B. Kornprobst.

M. Kornprobst représente certainement actuellement le tenant le plus audacieux de la thèse subjectiviste et c'est l'ensemble de son ouvrage qui devrait être cité à l'appui d'une thèse fortement

(18) Conclusions précitées, sous l'arrêt Boussuge.

(19) Barthélémy : « Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français ». Toulouse 1899. Bonnard : « Les droits publics subjectifs des administrés » ; R.D.P. 1932, p. 695.

étayée d'où il résulte pour l'auteur que : « le recours pour excès de pouvoir est devenu un type d'action semblable aux actions du droit privé », et dans lequel la notion de partie trouve naturellement place (20).

Pour parvenir, lui aussi, à la conclusion que le recours pour excès de pouvoir fait toujours valoir un droit, M. Kornprobst se sépare néanmoins des représentants de la thèse subjectiviste classique dont il critique le raisonnement. Leur démonstration de l'existence de droits subjectifs repose sur des prémisses inexactes. La distinction du droit et de l'action n'étant pas faite, c'est leur définition même du contentieux et leur analyse des droits publics subjectifs des administrés qui s'en trouve viciée (v. p. 236). Pour M. Kornprobst il ne saurait, en effet, y avoir de « droit subjectif à la légalité » (impliquant dont l'antériorité du premier sur la seconde) qui se décomposerait selon les cas comme un droit à la compétence, au respect des formes... Une telle affirmation, dit-il, confond l'objet du droit avec ce qui n'en est que la justification car c'est du succès même d'un recours pour excès de pouvoir que dépend la création et l'existence du droit : le droit subjectif n'est nullement antérieur à l'action. Et M. Kornprobst donne l'exemple du candidat empêché de s'inscrire à un concours, qui obtient par la voie contentieuse le *droit* de se présenter.

Il ne nous est pas nécessaire de suivre M. Kornprobst dans toutes ses conclusions ; nous constatons qu'il apporte une solide contribution à la critique de la thèse objectiviste dont certains aspects seulement sont, pour nous, inacceptables.

Il est indéniable que le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir est largement battu en brèche, notamment sur le plan procédural. Il devient, en conséquence, difficile de tenter une explication du régime des preuves de l'excès de pouvoir en faisant uniquement appel à l'exclusion de la notion de partie et à la mise en œuvre de règles inspirées par des exigences provenant de cette nature objective. En d'autres termes, si l'étude du régime des preuves fait apparaître des différences entre le recours pour excès de pouvoir et les autres recours contentieux, ces différences ne s'expliquent pas, a priori, par l'exclusion des parties qui caractériserait le contentieux de la légalité. Qu'il s'agisse de recours dits « objectif » ou « subjectif », l'administration est, en matière de preuve, considérée comme une « partie ».

B) *L'explication du régime des preuves n'est pas liée dans le recours pour excès de pouvoir à l'exclusion de la « notion de partie ».*

Deux arguments peuvent être avancés pour justifier cette

(20) B. Kornprobst : « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », 1959.

proposition. D'un point de vue théorique il importe peu que, en ce qui concerne la preuve, l'administration se voie reconnaître ou refuser la qualité de partie : il faut procéder ici à une démythification de la notion de partie.

En pratique, il n'est pas indifférent de constater que les critères *actuels* de distinction des contentieux ne permettent pas, *par eux-mêmes*, d'établir des distinctions réelles en matière de preuve.

1) *La nécessaire démythification de la notion de « partie ».*

La relation logique des notions de partie et de preuve n'a pas une valeur universelle. Elle est parfaitement satisfaisante dans un litige entre personnes privées placées sur un pied d'égalité et qui saisissent le juge dans le but de faire valoir des prétentions correspondant à des droits qu'elles estiment lésés. Si l'on essaie alors de savoir quelles sont les personnes qui seront normalement admises à présenter des allégations et des preuves, il est évident qu'il s'agit de celles qui ont saisi le juge d'une prétention dont elles demandent la reconnaissance ou la confirmation. Dans cette optique, la preuve est nécessairement liée à l'existence d'une partie.

C'est bien le cas dans un procès civil.

Cette analyse paraît difficilement transposable dans le contentieux administratif. En effet, dans un litige administratif, et singulièrement à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, l'administration *n'a pas besoin* de faire valoir une prétention qu'elle demanderait au juge de reconnaître pour que la personne qui prétend s'y opposer soit tenue de s'y conformer. Le privilège d'action d'office la dispense de saisir le juge d'une prétention ; elle se contente de l'imposer ex officio par le biais d'une décision directement exécutoire. Ne faisant pas valoir de prétention devant le juge, l'administration ne saurait, en effet, être qualifiée de partie au sens que les civilistes donnent à ce terme, c'est à dire de personne faisant valoir un droit en justice.

L'administration n'a pas de prétention à émettre devant le juge, du moins en première instance. La situation n'est déjà plus la même en appel où, en cas d'annulation par les premiers juges d'une décision administrative, son privilège ayant disparu avec cette décision, l'administration doit, pour maintenir sa prétention, en saisir le Conseil d'Etat et s'efforcer d'en démontrer alors le bien fondé.

Dès lors, le véritable problème n'est pas de savoir si l'administration est ou non une partie, si le recours pour excès de pouvoir ouvre ou non un litige entre parties. Il consiste en ceci : n'ayant pas besoin de faire valoir une véritable prétention, l'administration est-elle, de ce fait, exclue du droit et éventuellement de l'obligation de produire des preuves dans un recours pour excès de pouvoir ?

Nous estimons que la relation entre preuve et partie est suffisante sans être nécessaire.

Si toute prétention suppose que l'on puisse ou que l'on doive en démontrer le bien fondé par la production de preuves adéquates, la proposition inverse n'est pas nécessairement vraie. Toute production de preuve ne suppose pas obligatoirement une prétention correspondant à un véritable droit, ni par suite la reconnaissance de la qualité de partie, *stricto sensu*.

Quelles que soient, d'ailleurs, la dénomination et la procédure utilisées : « mise en cause » ou appelée à présenter ses « observations », censée avoir acquiescé aux faits présentés à la requête si elle ne répond pas à la mise en demeure que lui adresse le juge ou condamnée à supporter les dépens si elle succombe, l'administration est considérée par le juge « comme » une « partie », *lato sensu*.

L'expression « partie » désignera donc, dans la suite de nos développements, aussi bien l'administration que l'administré, quel que soit le contentieux étudié.

2) Le régime des preuves est indépendant des critères actuels de distinction des contentieux.

Utiles, mais d'un maniement parfois délicats pour la distinction des contentieux (21), les critères de classification actuellement utilisés ne permettent pas par eux-mêmes d'établir des distinctions réelles en matière de preuve. Non pas que la preuve puisse toujours être rapportée selon les mêmes conditions dans les contentieux objectif et subjectif ; (une grande partie de cette étude s'attache à démontrer, dans une certaine mesure, le contraire) mais les différences ont d'autres causes.

Les fondements doctrinaux actuels de la distinction des contentieux établissent les clivages étrangers aux questions de preuve.

Le critère tiré de l'étendue des pouvoirs du juge est ambigu ; il repose en réalité sur un clivage qui n'intéresse pas la preuve.

Certes, comme le faisait remarquer Laferrière : « les pouvoirs des tribunaux administratifs n'ont pas la même nature et la même étendue dans toutes les matières contentieuses ». Et l'on sait que le juge de pleine juridiction dispose de pouvoirs plus importants que celui de l'excès de pouvoir qui n'a que la possibilité d'annuler l'acte administratif ou de rejeter la requête.

Si, en l'état actuel de la jurisprudence, on peut admettre avec M. le Président Odent que : « la distinction des contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction s'opère principalement en fonction de la nature des pouvoirs dont le juge dispose pour régler un litige et, subsidiairement, des prétentions du requérant »

(21) Cf. Heilbronner : « Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux ». D. 1953, Chr. p. 183.

(22), il faut préciser nettement que les pouvoirs auxquels il est fait allusion ont seulement trait à la solution finale de l'instance : ici annulation, là condamnation ou réparation pécuniaire. Ils ne concernent pas les modalités de la direction de l'instance et de l'instruction en vue de la recherche des preuves.

Seules, peut-être, des limites tirées de la nature des conclusions dont le juge de l'excès de pouvoir peut être saisi seraient de nature à tempérer cette affirmation. Un des aspects de la mission du juge dans la direction même du procès consistant à contrôler la pertinence de l'offre de preuve par rapport à l'objet de la demande, tel moyen de fait ne pourrait être utilement invoqué à l'appui d'une demande d'annulation. Mais la teneur de ce contrôle s'est modifiée avec l'incorporation, de plus en plus fréquemment admise, des faits à la légalité (23).

Rien n'indique que les différents critères actuels de répartition des grandes branches du contentieux administratif correspondent à des différences de pouvoirs du juge en matière de preuve.

Seule une classification nouvelle qui tiendrait compte des caractères de l'initiative réelle de chaque litige serait d'une grande portée sur les conditions d'administration et de charge de la preuve. C'est d'ailleurs dans cette direction qu'un essai d'explication du régime des preuves sera ultérieurement proposé (24).

Le maintien de l'exclusion de la notion de partie dans le contentieux de l'excès de pouvoir apparaît, de plus en plus, comme une fiction commode dont on ne voit, à vrai dire, plus très bien la justification, sinon qu'elle constitue une conséquence théorique nécessaire de cette qualification objective, principe de répartition des contentieux auquel la majorité de la doctrine demeure fermement attachée. Il n'en demeure pas moins que l'administration qui défend la légalité de ses actes se comporte, en matière de preuve, comme une véritable partie.

Cette attitude est en tous points conforme avec les tendances générales de la procédure administrative contentieuse qui confirme chaque jour le caractère de plus en plus théorique de l'exclusion de la notion de partie. Ainsi, la généralisation du double degré de juridiction dans le contentieux de l'excès de pouvoir lève toute ambiguïté.

La réforme de 1934 (25) avait bien déjà introduit le double degré de juridiction, mais sur une échelle très réduite, et il avait été contesté que cela intéressât véritablement le contentieux de l'excès de pouvoir.

(22) Cours de Contentieux I.E.P. 1965-66, 2^e tirage, p. 868.

(23) C.E. 12 février 1954, Bierge, p. 99. Pour la doctrine v. sur ce point : Letourneur, *Etudes et Documents du C.E.* 1962, p. 58 ; Auby et Drago, *Traité t. III*, N° 1189 ; de Laubadère, *Traité*, t. I, N° 912.

(24) V. *infra*, deuxième partie, chapitre premier.

(25) Le D.L. du 5 mai 1934 permettait aux Conseils de Préfecture d'annuler les décisions individuelles concernant les fonctionnaires locaux par des arrêtés susceptibles d'appel devant le Conseil d'Etat.

A partir de 1953, le doute n'est plus possible : le recours pour excès de pouvoir peut, dans certains cas, être jugé deux fois. Or on a pu se demander dans quelle mesure le double degré de juridiction était compatible avec le mécanisme même de ce recours (26). Les avis sur cette question étaient partagés, et parfois diamétralement opposés. Certains veulent ne voir, dans l'aspect procédural de la réforme, qu'une modification de détail n'affectant pas l'équilibre du recours (27) ou aboutissant, au mieux, à reconnaître à l'administration la qualité de « personne en cause », sans lui conférer tout à fait celle de partie (28). A l'inverse, d'autres pensent que l'on est obligé « d'abandonner l'idée traditionnelle que le recours pour excès de pouvoir n'ouvre pas un litige entre parties » (29).

La thèse qui s'efforce de limiter les conséquences de la réforme de 1953 sur la notion de partie est en désaccord avec des textes, et avec la logique de toute instance juridictionnelle.

« Toute *partie* présente dans une instance ou qui y a été régulièrement appelée (...) alors même qu'elle n'aurait produit aucune défense, peut, dans le délai de deux mois, interjeter appel devant le Conseil d'Etat contre tout jugement rendu dans cette instance ». (Article 57 modifié de la loi de 1889). On ne voit pas quelle justification permettrait de limiter l'application de ce texte au seul requérant et de fermer ainsi la voie de l'appel à l'administration. Une telle interprétation aurait contre elle le texte et « la logique interne de l'instance juridictionnelle » qui, selon M. Mosset, implique nécessairement la présence et le débat de deux personnes.

Le Commissaire du Gouvernement, conscient de ce que, si le recours en excès de pouvoir est un procès fait à l'acte, « l'acte ne se défend pas seul », hésite à utiliser le mot de parties, propose la dénomination de « personnes en causes » et reconnaît, pour finir, que peu de chose sépare l'une de l'autre.

Qu'il n'y ait aucune confusion quant à la portée exacte de la discussion : nous sommes en désaccord avec toute position refusant de voir dans l'appel un mécanisme qui introduit (et confirme) la notion de partie dans l'instance en excès de pouvoir. Par contre, lorsque M. Louis-Lucas estime que l'équilibre du recours pour excès de pouvoir n'est pas détruit parce que, en définitive, « l'inégalité fondamentale entre les plaideurs fausse la notion de partie », le débat n'est plus tout à fait le même. L'inégalité des plaideurs ? Elle est effectivement fondamentale et sera, en dernière analyse, le ressort de l'office du juge en matière de preuve. Il en

(26) Cf. R. Guillien, *Mélanges A. Mestre*, p. 285 et D. 1955, Chr. p. 97.

(27) P. Louis-Lucas : « Recours pour excès de pouvoir et double degré de juridiction ». D. 1957, Chr. XX, p. 115 et s.

(28) C.E. 6 janvier 1956, Sous-Préfet de Thionville, R.D.P. 1956, p. 343, concl. Mosset.

(29) C'est l'opinion de Ch. Gabolde in « A la recherche du recours pour excès de pouvoir ». R.P.D.A. 1957, p. 97 ; et, avec plus de nuances, de P. Landon in « Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954 », p. 60 et s.

résulte que le recours pour excès de pouvoir peut être considéré, d'un point de vue procédural, comme un litige entre parties, même si, par ailleurs, il demeure aussi autre chose que cela.

Ce n'est donc pas en fonction de l'exclusion de la notion de partie que nous essaierons d'expliquer le particularisme éventuel du régime des preuves dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir, mais bien à partir de l'inégalité qui affecte les situations respectives de l'administration et du particulier à l'instance, c'est à dire de l'inégalité des parties au regard de la preuve.

SECTION II. — L'ADMINISTRATION EST SOUMISE AUX EXIGENCES DU DROIT A LA PREUVE (30).

La constatation que, même dans le recours pour excès de pouvoir, l'administration est considérée par le juge « comme une partie » implique deux ordres de conséquences.

La puissance publique a, devant le juge, la mission de défendre la légalité de ses décisions lorsqu'elle est contestée. Elle doit se comporter en défenseur de la légalité. Cela implique que l'instance soit contradictoire. En ce sens, l'administration est donc soumise aux exigences du principe du contradictoire dès la liaison de l'instance (§ I).

Le respect du caractère contradictoire de la procédure, exigé de toutes les parties, dès le début de l'instance, doit se prolonger au cours de son déroulement en assurant, tant pour l'information que pour l'initiative des parties, les conditions du droit à la communication de toutes les pièces utiles à cet effet (§ II).

§ I — *Le principe du contradictoire et la liaison de l'instance.*

Nous examinerons d'abord rapidement ce que représente actuellement ce principe dans la procédure administrative contentieuse, avant de présenter ensuite ses effets sur la personne du défendeur.

A) *Le principe du caractère contradictoire de la procédure administrative contentieuse* (31).

Garantie procédurale des droits de la défense avec lesquels il a été et demeure parfois confondu (32), le principe du caractère contradictoire de toute instance juridictionnelle s'applique naturellement au recours pour excès de pouvoir où il est observé même

(30) Sur la distinction du droit à la preuve et du droit de la preuve, v. supra p. 16, note (1).

(31) Une thèse récente de M. J.-P. Chaudet, consacrée aux « Principes Généraux de la procédure administrative contentieuse » (L.G.D.J. 1967) réalise une synthèse très complète de ces questions étudiées par ailleurs par de nombreux auteurs, notamment au Conseil d'Etat (Etudes et Documents).

(32) C.E. 23 janvier 1824, Petit-Colas, 3.51 ; C.E. 20 juin 1913, Téry, p. 736, concl. Corneille ; C.E. 10 août 1918, Villes, p. 481, concl. Berget.

en l'absence de texte (33) et dans lequel il apparaît comme un principe général de procédure (34).

Dans sa thèse (31), M. Chaudet estime que les principes des droits de la défense ont remodelé l'instance et constituent actuellement le fondement principal de l'intervention du juge administratif chargé de veiller à leur respect, alors que cette intervention était originellement commandée par le caractère inquisitoire de la procédure. Ce voisinage, à première vue assez délicat, des caractères contradictoire et inquisitoire de la procédure contentieuse ne présente cependant pas de difficultés particulières : le principe du caractère contradictoire, mise en œuvre procédurale des droits de la défense, doit toujours être respecté. En fait, les pouvoirs de nature inquisitoire du juge administratif, loin de s'opposer à ce principe, tendraient plutôt à en assurer le respect lorsqu'une des parties ne s'y soumet pas spontanément.

Pour M. Chaudet, la détermination des bénéficiaires du principe du contradictoire doit s'effectuer en considération de toutes les personnes qui sont unies par le lien juridique d'instance (p. 381). Cette conception conduit, à coup sûr, à étendre le cercle de protection au-delà du défendeur pour y inclure en premier lieu le demandeur. Cette conséquence n'est paradoxale qu'en apparence. On pourrait, en effet, penser que la garantie principale des droits de la défense concerne, au premier chef, le défendeur (35). En fait, c'est le particulier demandeur qui se trouve être dans la plupart des cas le bénéficiaire de la règle.

Le caractère contradictoire de l'instance est susceptible de se manifester dans deux types de rapports : rapports entre les parties et rapports entre le juge et les parties. L'examen de la soumission de l'administration aux exigences du contradictoire concerne essentiellement le premier de ces rapports (qui, toutefois, s'effectue sous le contrôle du juge).

Pour que l'instance soit pleinement contradictoire, il faut qu'elle le soit dès le début, et qu'elle continue à l'être jusqu'à son terme. On insistera ici spécialement sur le mode de liaison de l'instance en excès de pouvoir (B), le caractère contradictoire de la procédure se confondant largement, pour la suite de l'instance, avec le droit à la preuve, qui sera examiné dans le second paragraphe, déjà annoncé.

B) Le caractère contradictoire de la procédure et la liaison de l'instance.

On a pu hésiter à considérer l'administration comme partie défenderesse, soumise à toutes les exigences de la procédure, en

(33) C.E., Villes, précité.

(34) C.E. Section, 12 mai 1961, Sté La Huta, p. 313.

(35) Cf. Pactet, p. 33.

raison du particularisme de la liaison de l'instance, notamment dans le recours pour excès de pouvoir. Plusieurs arguments peuvent être invoqués en ce sens, mais nous verrons qu'aucun n'est dirimant et n'altère, en définitive, le principe du caractère contradictoire de la liaison de l'instance et son respect complet par l'administration.

1) *Les particularités de la liaison de l'instance ont pu faire douter que le débat engagé devant le juge de la légalité fût véritablement contradictoire.*

S'il est admis que, dans le plein contentieux, la désignation du défendeur est l'œuvre du demandeur et suffit à engager le débat sur une base contradictoire, on s'accorde généralement à dénier que la désignation de l'autorité administrative compétente par le demandeur en excès de pouvoir produise les mêmes effets (36).

a — *La mise en cause de l'administration défenderesse.*

Devant le Conseil d'Etat, saisi d'un recours en annulation, l'administration n'est pas mise en cause au moyen d'une ordonnance de soit-communié, signifiée par exploit d'huissier par le demandeur, comme c'est le cas dans la pleine juridiction, mais par une communication administrative directe (37).

En ce sens l'intervention du juge est nécessaire pour permettre la liaison du contentieux, mais cette intervention ne dénature pas la volonté des parties, toujours essentielle dans la liaison et la détermination des limites de l'instance.

Enfin cette particularité s'explique aussi pour des raisons de commodité et d'économie qui caractérisent le recours pour excès de pouvoir.

b — *Les observations en réponse de l'administration* ainsi mise en cause entraînent une seconde particularité. Elles ne constitueraient nullement les conclusions que l'on attend d'une véritable partie. On trouve ainsi des arrêts pour déclarer irrecevables des conclusions présentées par l'administration (38). Toutefois il serait

(36) V. en ce sens M. Léoan, thèse précitée, p. 66 et 67 ; M. Gabolde, Traité pratique de la procédure administrative contentieuse. Tribunaux Administratifs, Dalloz 1960, N° 293. De même, les conclusions Jagerschmidt, C.E. 15 décembre 1899, Ville d'Avignon, S. 1900, 3, 73.

(37) Art. 54, Ord. du 31 juillet 1945. Devant les Tribunaux Administratifs, depuis le décret du 10 avril 1959, le tribunal ne peut être saisi que par la requête introductive d'instance, la demande étant ensuite notifiée au défendeur par les soins du tribunal (art. 7 du décret du 26 septembre 1926).

(38) C.E. Section, 22 janvier 1954, Pacha, p. 46 ; arrêt cité par M. Landon. De même, C.E. 15 février 1963, Assoc. « Les Amis de Chiberta », R.D.P. 1963, p. 567, note Waline : « Si le Ministre de l'Education Nationale a produit des observations en réponse à la communication du pourvoi qui lui avait été faite, cette circonstance n'est pas, par elle-même, de nature à conférer audit ministre la qualité de partie à l'instance ». Jurisprudence incontestablement impressionnante, aussi impressionnante que les décisions Dockes, de Villèle, Butori, mais bien sybilline, qui assigne à la communication du pourvoi, non la valeur d'une mise en cause, mais seulement celle d'une invitation faite à l'administration à apporter le concours de ses services à l'instruction de l'affaire...

excessif d'attacher une trop grande importance aux mots ; l'usage qu'en fait la juridiction administrative varie. Certains arrêts parlent d'observations en défense, de mémoire en défense...

2) *Quelles que soient ces particularités, la liaison de l'instance demeure contradictoire.*

L'argument tiré de la mise en cause du défendeur n'est pas déterminant. L'existence de règles précises de détermination de la personne morale défenderesse compétente, et de représentation de cette personne par des autorités administratives agissant en leur nom, atteste bien le caractère contradictoire que revêt, dès le début, l'instance. Le problème est d'ailleurs assez délicat pour ce qui a trait à la représentation de l'Etat et les solutions ne sont pas les mêmes selon les juridictions.

Devant les Tribunaux administratifs, le monopole de représentation de l'Etat que détenaient les préfets (il s'agissait alors des Conseils de Préfecture) leur a été enlevé et cela est confirmé par l'arrêt d'Assemblée Coulon du 11 mars 1955 (39).

Devant le Conseil d'Etat, il est de tradition que l'Etat ne puisse être représenté que par le ministre intéressé (40). Les préfets et les sous-préfets sont donc normalement incompétents pour représenter l'Etat dans une instance engagée devant le Conseil d'Etat (41).

On objecterait vainement que cette jurisprudence ne vise qu'à mettre en cause, d'une façon ou d'une autre, une administration compétente sans pour autant lui reconnaître la qualité de défendeur à l'instance. La distinction est bien subtile et ne convainc pas.

Quant à la valeur des observations faites par le ministre en réponse à la requête, il suffit de constater qu'en plusieurs occasions la jurisprudence a précisé qu'elles étaient essentielles pour la liaison du contentieux.

a — En premier ressort, il est couramment admis que, si le demandeur a omis de respecter la règle de la décision préalable (42), l'irrecevabilité dont est entachée la requête n'est pas retenue par le juge si le ministre produit des observations au fond. De ce fait, la défense reconnaît implicitement l'existence du litige et le débat peut s'instaurer régulièrement (43).

(39) Secrétaire d'Etat à la Guerre c/Coulon, p. 150 ; A.J.D.A. 1955, II, 181, note Long. V. également C.E. 27 juin 1956, M.R.L. c/Vve Corbeil, D. 1956, J. 755, note Drago ; A.J.D.A. 1956, II, 405 et C.E. 15 février 1967, Sieur Abello et autres, A.J.D.A. 1967, II, 360, note J. Moreau.

(40) Article 43, ord. 31 juillet 1945.

(41) Jurisprudence constante : 16 juillet 1924, Sous-Préfet de Sarreguemines, p. 1363 ; Assemblée, 6 janvier 1956, Sous-Préfet de Thionville, p. 5 ; R.D.P. 1956, p. 343, concl. Mosset.

(42) « Sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision... ». Décret du 11 janvier 1965.

(43) C.E. 18 février 1959, Ville de Roubaix, p. 125.

De même, la production d'observations au fond, par une autorité administrative incompétente, peut, on le sait, être régularisée si le ministre compétent s'approprie formellement les conclusions de son subordonné. C'est bien reconnaître, là aussi, la valeur de ces conclusions et la qualité du plaideur qui les produit (44).

Tous ces exemples montrent à l'évidence que la présence de l'administration dans l'instance n'empêche pas le débat de se nouer de façon contradictoire, la personne publique étant considérée à tous points de vue comme un véritable défendeur.

b — Si c'était nécessaire, un dernier argument achèverait de nous en convaincre. Paradoxalement, il découle de la règle de décision préalable. Celle-ci, qui n'est véritablement intéressante et utile que dans le contentieux de la pleine juridiction, n'en existe pas moins, de facto, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, où elle est représentée par l'acte administratif incriminé. En fait, dans les deux contentieux, c'est sur la base objective d'une demande d'annulation d'un acte qu'est présentée la requête. Dans les deux cas pourtant, il y a incontestablement l'annonce d'un débat contradictoire.

Sans aller jusqu'à situer la naissance *juridique* de l'instance au moment de la réclamation du particulier, il est certain que la règle de la décision préalable crée un lien pré-juridictionnel d'instance (dont nous verrons qu'il n'est pas sans intérêt lorsqu'il s'agit pour le juge de répartir la charge de la preuve). La décision préalable de l'administration constitue, à notre sens, le premier élément contradictoire du débat qui s'engage entre les parties.

On peut objecter à cela que cet exemple permet difficilement d'expliquer le caractère contradictoire de la liaison d'un contentieux (le recours pour excès de pouvoir) où, précisément, la règle n'a pas besoin d'être provoquée car, pourrait-on dire, elle existe d'elle-même. Nous voulons dire par là que, si l'administré peut et doit, préalablement à un recours de pleine juridiction, provoquer la décision de l'administration et l'obliger ainsi à prendre partie au débat, cela est, à première vue, impossible dans le contentieux de la légalité. Il serait, en effet, absurde de prétendre qu'en édictant un acte administratif, l'administration ouvre un débat contradictoire, pour la seule raison que cet acte est susceptible d'être un jour déféré à la censure du juge de l'excès de pouvoir. Aussi ne s'agit-il pas exactement de cela et la démonstration demeure valable si l'on veut bien considérer qu'une partie importante du contentieux de l'excès de pouvoir peut être liée par une

(44) C.E. Section, 13 juillet 1965, Min. de l'Intérieur c/Syndicat de défense des propriétaires exploitants et non-exploitants, fermiers horticulteurs de Fléville-devant-Nancy et autres, p. 439. La solution est la même en appel: C.E. 7 juin 1957, Préfet de la Gironde, p. 384; A.J.D.A. 1957, p. 365, concl. Guldner. V. aussi le R.A.P. du 29 janvier 1957: les préfets et les sous-préfets peuvent défendre régulièrement dans les instances concernant leurs pouvoirs de tutelle.

initiative du requérant à laquelle l'administration répond par une décision qui sera ensuite déferée au juge.

C'est ce qu'explique M. le Commissaire du Gouvernement Kahn dans ces conclusions sur l'affaire Ginestet (45) : « Chaque fois que le requérant a sollicité de l'administration la reconnaissance d'un droit ou la délivrance d'un titre, son recours pour excès de pouvoir tend uniquement à faire apprécier par le juge le bien fondé de la demande qu'il avait adressée à l'administration ». Dès lors, il n'y a plus, dans ces hypothèses, de différence avec la situation précontentieuse d'un recours de pleine juridiction.

Lorsqu'elle refuse de faire droit à la demande de l'administré, la puissance publique se place dans la position qu'elle occupera inévitablement si le litige est porté ensuite devant le juge : celle de défendeur.

Par son action, elle a noué les premiers éléments d'un débat contradictoire. En effet, « l'étendue du litige est fixée, dès avant l'introduction du pourvoi, par la demande dont le rejet a lié le contentieux. Le pourvoi introduit devant la juridiction compétente doit inclure les mêmes parties, il doit tendre au même objet, en se fondant sur la même cause juridique ». (M. Kahn, précité). De son côté, M. le Président Odent estime aussi que, par la décision préalable, « le débat contentieux est limité au contenu de cette décision qui précise le litige à trancher et en détermine l'étendue » (46).

Tout indique, en définitive, que l'instance en excès de pouvoir est, dès l'origine, contradictoire. Soumise, dès la liaison du contentieux, au caractère contradictoire de la procédure, l'administration ne cesse, par la suite, de le demeurer tout au long de l'instance. Elle satisfait en cela aux exigences du droit à la preuve.

§ II — *Le principe du contradictoire et le droit à communication.*

La soumission de l'administration aux exigences du droit à la preuve se révèle aussi bien dans le recours pour excès de pouvoir que dans le plein contentieux. (Les arrêts qui illustreront les développements qui suivent se répartissent dans les deux contentieux).

Il est nécessaire que les parties puissent communiquer librement, de façon complète, c'est à dire de manière à permettre la recherche et l'administration des preuves, et qu'enfin le refus de se soumettre à ces exigences soit sanctionné.

Initiative, contenu et sanctions, telles sont les trois questions qui nous retiendront dans l'étude des communications entre parties, fondement essentiel du droit à la preuve.

(45) C.E. 23 mars 1956, Dame Vve Ginestet, A.J.D.A. 1956, p. 164, concl. Kahn.

(46) Contentieux administratif, cours I.E.P. 1965-66, p. 633. Lorsque l'acte administratif n'a pas été sollicité par le requérant, il faut attendre l'introduction de la requête et sa communication à l'administration pour que naisse un débat contradictoire.

A) *L'initiative des communications.*

Le droit à la communication des pièces intéresse tous les justiciables et notamment l'administration, aussi bien pour la défense de la légalité d'un acte que pour celle de toute autre action.

Les procédés de communication ne sont pas les mêmes devant le Conseil d'Etat et les Tribunaux administratifs (47), mais tous permettent au juge de contrôler les échanges de pièces. Le juge veille ainsi à ce que la transmission des documents se réalise normalement entre les parties.

1) *La mise en œuvre des communications.*

Elle pose des problèmes qui ont divisé la doctrine quant au rôle exact du juge.

La communication doit-elle être demandée par les parties ou ordonnée d'office par le juge ?

On trouve deux sortes de jurisprudence.

a — Certains arrêts (généralement de cassation) invoquent des règles générales de procédure, applicables même sans texte, pour condamner une procédure (défaut de communication d'une mesure d'instruction, parties n'ayant pas été mises à même de présenter leurs moyens de défense, etc...) intervenue avant, ou sans, que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance et de la discuter si elles le jugent opportun.

C'est donc au juge qu'il incombe, dans ces espèces, de s'assurer qu'une communication complète est intervenue au cours de l'instance (48).

b — D'autres arrêts constatent qu'il suffit que la partie ait été mise à même de prendre connaissance du dossier et exigent donc qu'elle en fasse expressément la demande. Jurisprudence, elle aussi, classique et illustrée par de nombreux arrêts (49).

(47) Devant le Conseil d'Etat: art. 52 à 57 de l'ord. du 31 juillet 1945 ; devant les Tribunaux administratifs: art. 6 à 9 de la loi du 22 juillet 1889.

(48) Une jurisprudence abondante le confirme: à propos d'une décision de la Commission Supérieure des Bénéfices de Guerre, établie à la suite d'un rapport dont le requérant n'a pas eu connaissance: C.E. 4 juin 1920, Gleizes, p. 549 ; d'un complément d'instruction non communiqué: C.E. 24 décembre 1920, Leven, p. 1110 ; C.E. 2 mars 1923, Leven, p. 201 ; C.E. 22 mars 1934, Arrufat, p. 408 ; d'une communication de pièces à la Cour Régionale des Pensions, opérée à l'insu de l'intéressé, C.S.C.P. 28 janvier 1937, Disch-Vitus, p. 129 ; d'un arrêté fondé sur un rapport d'ingénieur non communiqué à la requérante: C.E. Assemblée 30 janvier 1942, Dame Vve Digennard, p. 33 ; d'un rapport d'enquête non communiqué, C.S.C.P. 26 mars 1958, Sieur Albaret, p. 197 ; d'un supplément d'information: C.E. 2 février 1957, Entreprise Roginski, A.J.D.A. 1957, p. 114, concl. Laurent.

(49) C.E. 14 mai 1920, Bourgeat, p. 469, S. 1922, III, 57, 2^e espèce. C.E. 27 février 1924, Vatier, p. 221 ; C.E. Section, 10 juin 1932, Ollier, p. 570 ; C.E. 11 février 1953, Sté Bozel-Malétra, p. 62 ; C.E. 14 novembre 1957, Sté Huchet frères, p. 616 ; C.E. Section, 15 juillet 1959, Sté d'approvisionnement de matériaux de production et d'exploitation de carrières, R.P.D.A. 1959, p. 140. C.E. 13 janvier 1960, Campion, A.J.D.A. 1960, p. 310 ; C.E. 5 octobre 1960, S.A. des Ets Olier, A.J.D.A. 1960, p. 380.

Une explication tirée de la terminologie et de la nature des situations litigieuses a été proposée par M. Liet-Veaux (50), mais elle ne semble pas avoir emporté l'adhésion de la doctrine et des magistrats qui, dans leur majorité, pensent que, sauf texte contraire, la communication doit être demandée (51).

Cette « phase administrative » de l'instruction donnerait finalement au juge un rôle assez passif dans l'échange des pièces et la communication du dossier. C'est parfois le cas, mais il faut faire certaines distinctions qui, à notre avis, expliquent les deux jurisprudences citées.

2) Communications entre parties et à l'égard du juge.

Le rôle du juge n'est pas du tout le même dans chacune de ces deux hypothèses.

a — *Le juge assure les communications entre parties à condition que la demande lui en ait été faite* (v. note 49 précitée).

Son rôle est-il, pour autant, passif ? Il ne le semble pas. Le caractère contradictoire de la procédure implique que le délai accordé à une partie pour prendre communication du dossier soit suffisant. Ce délai est variable en fonction des données du litige que le juge apprécie librement (sous réserve d'appel ou de cassation) (52).

D'autre part, le juge n'est pas tenu de déférer à la demande des parties s'il estime que la production des pièces demandées n'est pas utile à l'instruction ou que celle-ci est déjà complète (53) (v. infra B). Observons toutefois que, à la différence des Tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat a tendance à limiter assez rapidement les échanges, estimant qu'ils ne contiennent pas d'éléments nouveaux.

(50) Note S. 1947, III, 49. Selon M. Liet-Veaux : la formule « être à même » indiquerait que c'est aux parties de demander la communication du dossier ; la formule « être mises à même » ou « mises en mesure » indiquerait, au contraire, que c'est au juge qui dirige l'instruction de leur permettre de présenter leurs observations.

(51) Notamment M. Odent, Etudes et Documents du C.E. 1953, p. 55 et s. et cours I.E.P. p. 615 ; M. Pactet, thèse précitée p. 37.

(52) Délai suffisant pour répondre à des observations tardives de l'administration : C.E. 23 février 1966, Sieur Le Penven, p. 141. Délai de 21 jours jugé suffisant dans un conflit ayant entraîné un référé administratif : C.E. 10 mai 1957, Sous-Secrétaire d'Etat à la Marine Marchande c/Commune de St-Brévin-les-Pins, A.J.D.A. 1957, p. 246, concl. Lasry. Un délai de 24 heures peut suffire si la communication n'apporte pas d'éléments nouveaux, ou être insuffisant dans le cas contraire : C.E. Section 11 octobre 1963, Ass. « Les Amis du Site de Clagny », p. 48, A.J.D.A. 1964, p. 55, concl. Braibant ; C.E. 3 janvier 1968, Dame Vve Brégeot, N° 70446.

(53) C.E. 27 janvier 1965, Sté Technique des appareils centrifuges.

b — *Le juge est dans l'obligation de communiquer aux parties le résultat des mesures qu'il a décidées ou le contenu des documents qu'il s'est procurés.*

C'est, en réalité, le domaine exact de la jurisprudence précitée (note 48). Le principe est fermement établi et appliqué (54). Toute autre attitude constituerait une violation du caractère contradictoire de l'instance. Cette règle est absolument générale et nous avons été assez étonnés de relever un arrêt qui paraît admettre qu'une production effectuée à la demande d'une juridiction, à l'insu de la partie intéressée, n'ait pas entraîné la censure de la décision (55).

Ces distinctions étant faites, et nous paraissant de nature à trancher le dilemme que nous rappelions plus haut à propos de l'initiative des communications, il faut enfin mentionner que certains contentieux donnent lieu à l'application de règles spéciales.

c — *Cas de communication automatique du dossier.*

Il en existe plusieurs.

Lorsque le requérant est assisté d'un avocat (obligatoire ou sur sa demande), tous les actes du dossier devant être visés par ce dernier, le plaideur se trouve ainsi bénéficier indirectement des privilèges attachés à cette fonction et prend de ce fait automatiquement connaissance des pièces versées au dossier (56).

Dans certains contentieux, l'administration a pris l'habitude de communiquer automatiquement le dossier en même temps que ses observations en réponse. C'est notamment le cas en matière de pensions et d'élections.

Dans toutes ces hypothèses, et suivant des modalités variées auxquelles le juge est cependant toujours associé, la libre information des parties est assurée de façon contradictoire. Encore faut-il qu'elle le soit complètement.

B) *Le contenu des communications.*

La réalisation du droit à la preuve suppose que l'action et

(54) C.E. 13 mars 1937, Soc. de Transbordement du port de Strasbourg, p. 310 ; C.E. 23 octobre 1963, Dame Vve Musy, A.J.D.A. 1964, p. 173, obs. P. Laporte ; cet arrêt pose en outre le problème de la preuve du défaut de communication que l'on retrouvera.

(55) Affaire Campion précitée (note 49) : « La Commission (*juridictionnelle*), en l'absence de présomption l'y obligeant, n'est pas tenue d'aviser le requérant des productions des diverses pièces demandées *par la Commission* ou transmises spontanément par le Ministre des Affaires Etrangères, et de l'inviter à prendre communication de l'ensemble de son dossier ». Sur le point *précis* de la non-communication des productions effectuées *à la demande de la juridiction*, cet arrêt apparaît comme une anomalie que nous ne comprenons pas.

(56) Art. 36 et s. Décret du 31 juillet 1945.

l'information des parties soient libres. Ce sont les deux aspects du contenu des communications que deux formules tirées d'arrêts récents permettent de synthétiser : les parties doivent être informées de « tout fait nouveau » ; elles doivent pouvoir produire tous documents ou observations « utiles à leur défense ».

1) *La liberté d'information des parties.*

a — *La notion de « fait nouveau »* est assez récente. Il semble qu'elle ait été formulée pour la première fois comme un principe général de procédure par l'arrêt « Société des travaux et carrières du Maine » du 11 mars 1960 (57). Son contenu est assez variable et il appartient au juge de se prononcer sur cette qualification. En fait, c'est une notion commode qui recouvre toutes celles qui avaient pu être utilisées auparavant. Elle concerne aussi bien l'échange des mémoires, les documents transmis par l'adversaire (58) que les mesures décidées par le juge (59) ou les incidents relatifs à la preuve (60).

b — Par contre, le mémoire qui ne contient aucun élément nouveau ne sera pas communiqué (61), ni même l'argument de preuve qui, tout en étant nouveau, est irrecevable, soit parce qu'il n'est pas pertinent, soit parce que la conviction du juge est déjà faite sur le point qu'il soulève (v. infra Chap. Second : le contrôle des preuves par le juge). Ainsi, l'absence au dossier du contrat contesté ne vicie pas la procédure, malgré la demande de communication du requérant, le juge s'estimant suffisamment informé de son contenu (62).

L'obligation de tenir les parties informées de tout fait nouveau est marquée par une certaine souplesse. Les juridictions ne sont jamais liées par la demande des parties et peuvent très bien refuser d'ordonner la production des pièces sollicitées (63).

(57) C.E. 11 mars 1960, D. 1960, J. 433, note F.B.

(58) C.E. 20 janvier 1933, C^o Générale des Papiers, p. 71.

(59) C.E. 14 mai 1937, Vouillaume, p. 498.

(60) Sur ce point voir l'étude réalisée par M. Chaudet, thèse précitée, p. 397.

(61) Nous avons déjà noté que l'appréciation du Conseil d'Etat est généralement plus stricte que celle des Tribunaux Administratifs. V. C.E. 9 novembre 1910, Parent, p. 706 ; C.E. 28 juin 1950, Min. des Travaux Publics c/Consorts Fornaccioni ; C.E. 23 octobre 1959, Min. de l'Intérieur c/Vermicelli, R.P.D.A., Tables, p. 206.

(62) C.E. 29 janvier 1947, Michaux, R.D.P. 1948, p. 78, concl. Theis.

(63) Des arrêts récents le confirment : C.E. Section, 23 février 1964, Sieur Daligaut, A.J.D.A. p. 640, note B.P. : « Le Tribunal n'était pas tenu de faire produire par l'administration l'ensemble du dossier ». C.E. 19 février 1965, Souris, D. 1965, J. 219, note Gabolde : « Le Président du Tribunal Administratif, s'il est toujours libre d'apprécier, lors de chaque demande dont il est saisi, s'il y a lieu de convoquer les parties et de les entendre, n'a pas l'obligation de procéder à ces formalités ». C.E. 20 janvier 1967, Sieur Rey, p. 26, d'où il résulte qu'un Tribunal administratif n'est pas tenu de communiquer un télégramme du défendeur demandant la réouverture de l'instruction, pas plus qu'il n'est obligé de faire droit à cette demande.

A partir de ces appréciations, on voit que la notion de fait nouveau, sans lui être identique, présente avec celle de « défense utile » certaines analogies.

2) *La liberté de production par les parties.*

Bien que la procédure administrative soit essentiellement écrite, cette liberté, qui intéresse surtout les documents que les parties peuvent être amenées à utiliser dans leur augmentation, s'étend également à leurs observations orales (64). Elle n'y revêt cependant pas la même importance, les débats oraux étant limités et ne pouvant, en principe, faire valoir par eux-mêmes des moyens nouveaux à l'audience (65).

Pour ce qui a trait aux documents écrits, principaux supports des preuves, il convient de remarquer dès maintenant que la soumission des parties aux exigences du contradictoire (ainsi que le bénéfice qu'elles en retirent) se double ici des conséquences du régime de liberté de la preuve en droit administratif. Dès lors, la notion de document utile à la défense ne peut véritablement être appréciée qu'au regard de la règle de l'absence de détermination légale des modes de preuve (v. infra III^e Partie).

C'est déjà dire que la production de tels documents ne saurait, a priori, être limitée (66).

C) *Les sanctions du défaut de communication.*

L'administration défenderesse doit, par son attitude, permettre au juge de vérifier la valeur des allégations du requérant. Nous verrons dans la Deuxième Partie, relative à la recherche des preuves, que cette règle peut, en raison du caractère inquisitoire de la procédure, entraîner des investigations très poussées, auxquelles la personne publique ne saurait se dérober sans dommage (67).

Nous nous limitons pour le moment à l'examen des conséquences qui découlent de la violation du principe contradictoire appliqué aux rapports entre les parties. (La transgression du principe dans les rapports entre juge et parties est également sévèrement sanctionnée ; v. infra, Chapitre Second).

Bien entendu, les sanctions visent les deux parties.

1) *Les sanctions du défaut de communication imputable au requérant.*

(64) C.E. 20 janvier 1937, Ville de Nice, p. 83.

(65) Cf. sur ce point délicat les distinctions analysées par M. le Président Heurté : « Conclusions nouvelles et moyens nouveaux présentés à l'audience des Tribunaux Administratifs » in A.J.D.A. 1957, I, 37.

(66) C.E. 12 février 1958, Kouch, p. 86.

(67) C.E. 1^{er} mai 1936, Couespel du Mesnil, p. 485.

Elles sont sévères puisque le requérant qui n'a pas répondu à la mise en demeure est réputé s'être désisté (68).

Il résulte très clairement d'un arrêt du 6 janvier 1967 (69) que ce désistement d'office peut être prononcé par le juge dans deux séries de cas appréciés, semble-t-il, de plus en plus restrictivement.

a — *Désistement prononcé à la suite de l'absence de production du mémoire ampliatif, pourtant expressément annoncée dans la requête sommaire.*

Depuis que le mémoire ampliatif est soumis aux mêmes conditions de fond (demande, moyens) et de forme (délais) que la requête (70), son absence dans le dossier peut, après mise en demeure, entraîner l'application du désistement forcé si les éléments contenus dans la seule requête sont insuffisants pour permettre au juge de statuer.

La sanction, utilisée peut-être trop brutalement dans les premiers temps, a été depuis lors tempérée, le juge appréciant assez strictement les conditions de sa mise en œuvre. Il y en a cependant plusieurs exemples (71). De même les délais assignés dans la mise en demeure, parfois renouvelés, ne sont pas de rigueur.

b — *Désistement prononcé à la suite de l'absence de rétablissement du dossier obtenu en communication.*

Le même libéralisme s'y manifeste. La sanction n'intervient dans toute sa rigueur que lorsque le tribunal est mis, par ce fait, dans l'impossibilité de statuer. Ce n'est pas le cas lorsque, par exemple, le demandeur s'abstient de présenter ses moyens en réplique sur les observations en défense du ministre, dès lors que la communication ayant eu lieu par simple copie, les originaux demeuraient dans le dossier à la disposition du tribunal (72).

Par contre il a été jugé que la perte du dossier par l'avocat du requérant entraînait un non-lieu, en l'état, à statuer (73).

Les sanctions appliquées à l'administration sont tout aussi sévères.

2) *Les sanctions du défaut de communication imputable à l'administration défenderesse.*

Les textes précisent cette fois que, si c'est le défendeur qui,

(68) Art. 56 de l'ord. du 31 juillet 1945 pour le C.E. et art. 9 de la loi du 22 juillet 1889, modifié par le décret du 30 septembre 1953 pour les Tribunaux Administratifs.

(69) C.E. 6 janvier 1967, Dames X et Y, J.C.P. 1967, II, 15.013, obs. C.G.

(70) C.E. 1^{er} juin 1953, Vasnier, p. 254 ; S. 1953, III, 103.

(71) C.E. 20 janvier 1954, Sté Callot, A.J.D.A. 1955, II, 322, obs. J. Copper-Royer ; C.E. 23 décembre 1954, Verset, p. 399. C.E. 15 juillet 1958, Min. de l'Intérieur c/S. Mottard, p. 490.

(72) C.E. Section, 19 octobre 1962, Demonchaux, p. 557.

(73) C.E. 2 novembre 1956, Guenzi, R.P.D.A. 1956, p. 187.

après mise en demeure, ne se manifeste pas, il est réputé avoir acquiescé aux faits exposés dans la requête. Le même assouplissement est intervenu dans la jurisprudence récente alors qu'auparavant les juges avaient tendance à sanctionner le « défaut » de l'administration par des annulations parfois excessives.

a — *La pratique des annulations-sanctions.*

Elle a été le fait d'une jurisprudence assez libérale (pour l'administré), qui estimait que le non rétablissement du dossier communiqué à l'administration devait permettre de regarder le moyen du requérant comme établi (74). La même attitude a pu être observée en cas de perte de dossier par l'administration : lorsque les faits sont incertains, le doute doit bénéficier au requérant (75).

La jurisprudence relative à la perte du dossier a été confirmée ultérieurement (76), mais on relève que certains arrêts rendent leur solution compte tenu de « l'état de l'instruction ». La sanction n'est donc plus aussi automatique, une révision sera possible, et surtout certaines rédactions permettent de penser que la perte du dossier n'est plus, à elle seule, entièrement déterminante si le juge a, par ailleurs, quelques raisons de douter de la valeur des allégations du requérant. C'est ce qui ressort, a contrario, de l'arrêt Dame Barland (cf. note 76) dans lequel le juge, pour déclarer qu'il est mis dans l'impossibilité d'exercer son contrôle, invoque *à la fois* la perte du dossier *et* l'absence d'arguments de la défense en réponse aux moyens de la requête.

b — *L'assouplissement de la jurisprudence constatant l'acquiescement du défendeur.*

On le constate dans plusieurs directions.

L'acquiescement du défendeur à la suite d'une mise en demeure non suivie d'effet ne dispense pas le juge d'examiner la légalité de la décision attaquée. Cette idée, précisée il y a quelques années, s'est trouvée confirmée au sein même du Palais-Royal (77). L'acquiescement de l'administration ne dispense pas le plaideur d'assortir sa requête de moyens sérieux, et, qu'au minimum, ses allégations ne soient pas contredites par les pièces du dossier dont le juge a eu connaissance.

Enfin, il n'y a pas acquiescement implicite aux faits si un mémoire est produit et enregistré avant que le Conseil d'Etat

(74) C.E. 22 juillet 1936, Forges, p. 832.

(75) C.E. 24 juillet 1907, Fournier et Marmay, p. 707. C.E. 18 janvier 1952, de Place, R.D.P. 1953, p. 205.

(76) C.E. 11 janvier 1956, Lafforgue ; C.E. 2 novembre 1956, Dame Barland, R.P.D.A. 1956, p. 187.

(77) M. J. Copper-Royer : observations sous l'arrêt Sté Callot, précité, (note 41). M. Braibant : concl. précitées dans l'affaire Assoc. « Les Amis du Site de Clagny », A.J.D.A. 1964, p. 55. Dans le même sens v. aussi : C.E. 17 octobre 1958, Min. de l'Intérieur c/Sieur Mottard, précité, (note 71).

statue (78). C'est dire que, là aussi, comme pour le désistement, les délais ne sont pas de rigueur et paraissent même très libéraux, puisqu'ils courent jusqu'au moment où le juge statue, et non pas seulement jusqu'à la clôture de l'instruction, ce qui était jusque là de règle (79).

CONCLUSION de la SECTION II.

Quelle que soit, en définitive, la sévérité du juge, les parties doivent se soumettre aux exigences du droit à la preuve et à celles, plus générales, du caractère contradictoire de l'instance. Le caractère inquisitoire de la procédure n'empêche pas l'instance d'être contradictoire. Le pouvoir du juge apparaît même comme un instrument au service du droit à la preuve. Nous constatons dès à présent que ces deux caractères de la procédure ne sont pas, *a priori*, incompatibles.

En conséquence, l'administration est dans l'obligation de respecter, comme toute partie, les exigences de ce droit à la preuve.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER.

Nous avons fait état, en annonçant ce premier chapitre, de la contestation dont la notion de partie était l'objet au sein du contentieux de la légalité. Il nous apparaissait, en conséquence, impossible de nous référer à des notions aussi discutées sans avoir, au préalable, précisé notre position.

Nous la résumerons ainsi.

Le recours pour excès de pouvoir n'exclut pas la notion *procédurale* de parties. Cette contestation est essentielle, mais ne préjuge pas l'avenir du recours.

Pour celui-ci, ou bien l'apparition d'éléments subjectifs annonce la fin ou une forte limitation du caractère objectif et entraîne, par là, la chute des dernières objections théoriques à la pleine reconnaissance de la notion de parties dans le contentieux de la légalité ; ou bien, ces éléments ne se développent pas suffisamment, et le recours pour excès de pouvoir demeure ce qu'il est devenu : un recours partagé entre l'exclusion théorique (et largement doctrinale) et la reconnaissance pratique, quotidienne, par le juge, de la notion de partie.

Quelle que soit cette évolution, il demeure qu'il n'y a pas, dans le régime des preuves, de différences tirées de la distinction des contentieux, *telle qu'elle est conçue en termes objectif et subjectif*.

Nous avons besoin de cette certitude pour étudier comment

(78) C.E. 26 mai 1965, Sieur Kutschéra, A.J.D.A. 1965, II, p. 473, observations P. Laporte.

(79) C.E. 16 octobre 1957, Commune de Challes-les-Eaux, p. 538.

le juge examine, dans les divers contentieux, et en particulier dans celui de l'excès de pouvoir, les preuves administrées par les parties.

Cette tâche correspond certainement à l'aspect le plus classique de sa mission, surtout si l'on songe que le juge administratif peut être amené à collaborer ensuite, d'une façon très originale, à la recherche des preuves, lorsque l'apport des parties est insuffisant. Mais il s'agit alors d'un autre problème (v. Deuxième Partie).

Pour l'instant, c'est l'aspect le plus classique de la mission du juge administratif en matière de preuve qui doit nous retenir.

CHAPITRE SECOND

LE CONTROLE DE LA PRODUCTION DES PREUVES

Devant n'importe quel type de juridiction, le rôle du juge consiste à examiner la nature et la valeur des preuves produites par les parties dans le but d'emporter la conviction des magistrats en démontrant le bien fondé de leurs allégations respectives, ou en détruisant la valeur de celles qui leur sont opposées. Pour parvenir à ce résultat, les parties doivent naturellement se conformer à des règles légales ou jurisprudentielles plus ou moins contraignantes. Celles-ci déterminent à la fois dans quelles conditions l'offre de preuve doit être faite et à quel contrôle elle est soumise de la part du juge.

L'existence d'un contrôle de l'offre de preuve nous rappelle que la production des preuves ne saurait, même dans une procédure de type purement accusatoire, s'effectuer indépendamment de toute intervention du juge. Ce dernier, au contraire, par des interventions qu'il effectue, soit en application d'un texte strict, soit, à défaut d'un texte, de son propre chef, détermine quelles sont les limites auxquelles la production des preuves par les parties doit demeurer soumise. Toutefois, il est évident que le contrôle du juge sera lui-même soumis à certaines exigences qui le limiteront aussi.

Les règles fondamentales de procédure, mais aussi des exigences tirées du fond même du droit applicable, influencent, parfois de façon impérative, le régime des preuves. Or, s'il existe un corps de principes généraux de procédure, commun, pour l'essentiel, à l'ensemble des juridictions, le droit qu'appliquent, par exemple, les juges civil et administratif n'est pas le même et, partant, en raison de la liaison des règles de fond et des règles de preuves, l'office du juge, en matière de contrôle de la production des preuves, ne sera pas identique, selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre type de juridiction.

Nous serons donc amenés à faire des comparaisons pour savoir

si, dans cet aspect classique du droit de la preuve, le rôle du juge administratif est semblable à celui du juge civil, s'il doit en être au contraire distingué, et dans quelle mesure, si, enfin, la réforme de la procédure civile de 1965 a favorisé un rapprochement notable des deux procédures en conférant des pouvoirs d'intervention au juge des mises en état.

La liaison des règles de fond et des règles de preuve est encore plus nette lorsque l'on examine le contenu même de l'offre de preuve. La détermination de ce qui doit être prouvé constitue un préalable logique à l'étude du contrôle du juge. De la teneur de ce contenu dépend, en effet, une grande partie des règles d'administration et de charge de la preuve.

Le juge peut faire varier le contrôle qu'il exerce sur l'administration en acceptant libéralement qu'à défaut de telle preuve, telle autre, voisine et plus facile, soit faite, mais en se montrant par contre, peut-être, plus sévère quant aux moyens d'y parvenir. Il peut, inversement, refuser tout déplacement de l'objet de la preuve, mais se montrer très libéral dans l'admission et le choix des modes de preuve.

L'offre de preuve, qui résulte théoriquement d'une initiative des parties, constitue, en réalité, une donnée du procès, étroitement liée aux caractères du litige et aux questions de droit qu'il soulève, à laquelle le juge peut accepter ou refuser de donner toute sa valeur en fonction de la maîtrise qu'il exerce sur le procès, et qui est plus ou moins importante selon les juridictions et les contentieux.

La détermination du contenu de l'offre de preuve (Section I) précèdera logiquement l'examen du contrôle exercé par le juge sur l'offre de preuve (Section II). On recherchera enfin quelles peuvent être les limites de ce contrôle (Section III).

SECTION I. — LE CONTENU DE L'OFFRE DE PREUVE.

Selon que cette notion est envisagée d'un point de vue matériel ou formel sa signification diffère totalement. On s'attachera ici à l'aspect matériel de l'offre de preuve, c'est à dire à *l'objet* même de la preuve. Il répond à la question : qu'est-ce qui doit être prouvé ?

Quant à l'aspect formel de l'offre de preuve, nous entendons par là les modes de preuve (*fact probans*) qui sont utilisés par les parties pour établir l'objet de la preuve (*fact probandum*). Il répond, lui, à la question : comment peut-on et doit-on prouver ? A ce titre nous retrouverons cette question, d'une manière générale, dans le Chapitre Premier de la Troisième Partie, qui a trait au principe de la liberté de la preuve.

La détermination exacte de l'objet de preuve est capitale pour la suite du procès. Sans elle celui-ci ne peut aboutir, qu'il s'agisse

d'un procès civil ou administratif ; mais cela ne signifie d'ailleurs pas que l'objet de la preuve soit exactement le même dans les deux cas.

Bon nombre de litiges ne posent pratiquement pas de problèmes de preuve important, et, pour certains d'entre eux, n'en posent même aucun. Cela ne signifie pas que l'étude des preuves se limite à la détection des espèces ayant donné lieu, d'une manière exceptionnelle, à un problème de preuve « intéressant », et généralement signalées comme telles dans les recueils de jurisprudence ; il faut pourtant constater que la solution de certains litiges ne dépend de la production d'aucune preuve.

Quelles sont ces hypothèses, et quel est alors le rôle du juge et celui des parties ? (Sous-section I). Nous allons l'examiner avant de passer à l'étude des litiges dont la solution est commandée par la production d'une preuve. (Sous-section II). La suite de notre recherche dépendra des constatations auxquelles nous serons parvenus.

L'étude de l'objet de la preuve est fondamentale à plus d'un titre.

D'abord elle commande celle du rôle que jouent respectivement le juge et les parties. *La nature de l'objet de la preuve sera un facteur essentiel de variation de leur collaboration dans la recherche et dans l'administration des preuves.* (V. infra Deuxième Partie).

Ensuite, bien qu'il soit généralement affirmé que seuls les faits peuvent être prouvés, il y a lieu de se demander si cette règle est toujours vérifiée en droit administratif. Que l'objet de la preuve civile soit toujours un point de fait, nul ne songe à le contester dans un système où l'état du droit applicable est, le plus souvent, clairement déterminé. Peut-on, a priori, affirmer que la détermination de ce qui doit être prouvé dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir, où il existe parfois une relative incertitude de l'état du droit applicable, exclut tout élargissement dans la définition de l'objet de la preuve ?

Nous rechercherons donc quelles conséquences l'indétermination éventuelle de la règle de droit applicable au litige entraîne sur la nature de l'objet de la preuve. (Sous-section III).

Sous-Section I — La solution du litige ne dépend pas de la production d'une preuve.

On pourrait être tenté de déduire de la neutralité apparente du classique « considérant qu'il résulte de l'instruction », qu'aucun problème de preuve n'a été soulevé dans le litige qui a donné lieu à la rédaction de cette formule. Celle-ci, sauf erreur de plume, est généralement utilisée dans le contentieux de la légalité pour bien marquer que tout y est affaire d'intime conviction du juge. Il y a certes une tendance du juge de l'excès de pouvoir à ne pas

faire apparaître l'existence d'un problème de preuve (et notamment de charge de la preuve) et nous verrons en temps utile ce que l'on doit exactement déduire de l'usage de cette formule.

Elle ne caractérise pas spécialement les litiges dont la solution n'est pas directement commandée par un problème de preuve. Ceux-ci correspondent à d'autres hypothèses.

§ 1 — *Premier cas : l'absence de contestation contentieuse.*

Tout litige suppose une contestation portant sur un point de droit ou de fait, et il peut paraître paradoxal d'évoquer ainsi l'absence de contestation. Cela se produit pourtant chaque fois que les allégations d'une partie ne sont pas contestées devant le juge par l'autre. On trouve ainsi un certain nombre d'arrêtés dans lesquels le juge, constatant que « le requérant allègue sans être contredit ou contesté » par l'administration, considère que ces allégations doivent être tenues pour exactes, et donne gain de cause au requérant (1).

Cette solution peut surprendre si l'on considère que, normalement, tout fait allégué doit être prouvé. Encore faut-il qu'il ait été contesté. Dans ces exemples il y a bien un problème de preuve latent, mais l'attitude passive du défendeur permet d'éviter que la solution du litige soit subordonnée à son examen. A la limite, bien sûr, l'attitude de l'administration peut être considérée en elle-même comme une preuve, un aveu. Ce sera très net lorsque l'administration persiste dans son mutisme après que le juge soit intervenu dans la recherche des preuves en s'adressant aux parties.

Cette première catégorie de cas est donc limitée à ceux où, en dehors de toute intervention du juge, le défendeur ne conteste pas les affirmations du demandeur. Il n'y a donc pas lieu d'insister, d'autant que l'absence de contestation ne dispense pas toujours le juge de vérifier, de son propre chef, s'il l'estime nécessaire, si les allégations non contestées ne sont pas, au moins, en contradiction avec les pièces du dossier (2).

L'intérêt de cette situation ne doit cependant pas être sous-estimé. Elle nous permet d'annoncer, dès maintenant, une distinction appelée à d'importants développements par la suite : celle de l'allégation et de la *preuve proprement dite*. L'allégation constitue un minimum exigible, elle doit normalement s'appuyer sur une preuve. Cette exigence n'est cependant pas absolue ; le juge peut, éventuellement, dissocier les deux éléments de la démonstration en demandant, par exemple, au défendeur de prouver l'inexactitude des allégations du demandeur. Dans ce cas, la charge de l'allégation tend à jouer un rôle autonome par rapport à celui, plus traditionnel, de la charge de la preuve.

(1) C.E. 8 janvier 1937, Bury, p. 22 ; C.E. 16 juillet 1949, Koenig de Belliard, p. 348 ; C.E. 18 juin 1952, Ali-Tur, p. 322.

(2) C.E. 10 février 1965, Sieur Berthon, p. 94.

§ II — *Deuxième cas : l'évidence.*

Elle ne se prouve pas. Elle s'impose dans tous les droits, mais sa définition est délicate.

Leibnitz disait que Descartes avait logé la vérité à l'auberge de l'évidence, mais, qu'hélas, il avait oublié de nous en donner l'adresse ! On aurait mauvaise grâce à reprocher aux magistrats du contentieux administratif de ne pas l'avoir non plus trouvée !

Il faut cependant présenter deux observations.

On pourrait, en premier lieu, penser que les cas de dispense d'instruction devant le Conseil d'Etat ou les Tribunaux Administratifs (3) correspondant à l'hypothèse que nous examinons.

L'instruction ayant pour but de permettre l'établissement des faits, il n'y aurait pas lieu de la mettre en œuvre en l'absence de désaccord sur ces faits. En réalité, les textes n'autorisent cette dispense d'instruction préalable que « lorsqu'il apparaît, au vu de la requête introductive d'instance, que la *solution* de l'affaire est d'ores et déjà certaine ». Cette disposition pourrait, à première vue, concerner les litiges qui ne posent aucun problème de preuve. Mais dans la pratique il serait hasardeux pour le juge d'adopter, a priori, une telle attitude. Celle-ci risquerait d'encourir une annulation pour vice de procédure (4) et serait contraire au caractère contradictoire de la procédure.

Aussi cette dispense ne concerne-t-elle le plus souvent que les recours manifestement irrecevables ou portés devant une juridiction incompétente (5).

La seconde observation a trait à des litiges dans lesquels tel ou tel fait est tenu pour constant par le juge et par les parties et ne prête donc à aucune discussion. Suivant l'importance du fait réputé constant, la preuve à fournir est plus ou moins allégée, et peut même totalement disparaître. Il y a là une situation qui peut être rattachée, dans certaines espèces, à la notion d'évidence. La solution du litige dépend alors de l'application, par le juge, du droit, aux faits réputés constants.

Sous-Section II. — La solution du litige dépend de la production d'une preuve.

Le rôle du juge et celui des parties n'est pas le même selon que le désaccord qui a donné naissance au litige porte sur des éléments de fait ou de droit. Lorsque l'on évoque un problème de preuve, c'est généralement pour donner un exemple illustrant une

(3) Art. 52 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 (Conseil d'Etat) et art. 9 de la loi du 22 juillet 1889, modifié par le décret du 30 septembre 1953 (Tribunaux Administratifs).

(4) C.E. 27 octobre 1965, Blagny, cité par M. Odent, cours précité, p. 772.

(5) V. par exemple : C.E. 25 janvier 1957, Raberento et Syndicat Fédéral des Fonctionnaires Malgaches, p. 66 ; C.E. 30 juillet 1959, Durel, p. 477.

contestation des faits. Dans cette hypothèse classique, le désaccord peut provenir de la matérialité des faits (§ I) ou de leur qualification juridique (§ II). Le contenu de l'offre de preuve est-il enfin le même lorsque, d'accord sur les faits, les parties contestent un point de droit (§ III) ?

Dans l'examen de ces différentes hypothèses, nous commencerons par isoler chaque problème de preuve, mais il nous faudra ensuite restituer à la réalité sa complexité en considérant, par exemple, que deux difficultés de preuve ayant un objet distinct peuvent coexister dans le même procès, le juge pouvant les dissocier et en répartir la charge entre les plaideurs.

L'étude de l'objet de la preuve doit être l'occasion, en effet, de constater son importance capitale comme facteur de variation de la collaboration du juge et des parties.

§ I — *Désaccord sur l'existence ou la matérialité des faits.*

Quels sont les litiges que ce type de contestation caractérise, que faut-il alors prouver, quels sont, enfin, les rôles respectifs du juge et des parties ?

A) *Ce type de désaccord est toujours susceptible d'être contrôlé* par le juge qui en est saisi, et dans le plein contentieux où il dispose des plus larges pouvoirs d'appréciation des faits, et dans celui de la légalité, où son contrôle minimum comporte la vérification de l'exactitude matérielle des faits. C'est cependant dans le contentieux de l'excès de pouvoir que les modalités de contrôle des faits sont les plus originales et les plus intéressantes, aussi lui donnerons-nous une place privilégiée dans les développements qui vont suivre.

En voici plusieurs exemples.

L'illégalité d'un refus d'agrément opposé à la demande d'un croupier de casino n'est pas établie dès lors que l'intéressé n'a pas rapporté la preuve de l'inexactitude matérielle des faits qui lui sont reprochés par la décision du Ministre de l'Intérieur et dont ils constituent le motif. (en l'espèce, détournement de fonds dits « orphelins ») (6).

Souvent c'est le requérant qui prend lui-même l'initiative de prouver l'exactitude d'un fait, (ou son inexactitude).

Un facteur, révoqué de ses fonctions, conteste que les formes légalement prescrites devant le Conseil de Discipline aient été respectées. L'objet de la preuve, c'est l'existence ou l'absence de la consultation et, éventuellement, son contenu (7). On peut aussi prouver, par exemple, que cette consultation revêt ou ne revêt pas un caractère substantiel ; mais il s'agit alors d'un élément de

(6) C.E. 14 juin 1967, Sieur Santucci, p. 251, concl. M. Bernard.

(7) C.E. 26 février 1943, Sieur Bourdier, p. 52.

qualification des faits qui dépasse la preuve de la stricte matérialité, et à la recherche duquel le juge est largement associé (v. infra, § II).

Il ne paraît pas nécessaire d'illustrer plus longuement ce type de désaccord qui est classique. Par contre, si nous voulons faire apparaître l'importance de l'objet de la preuve comme facteur de variation de la collaboration du juge et des parties, il faut rechercher quelles sont les différentes situations que recouvre la notion de désaccord sur la matérialité des faits. Cela nous permettra de dégager certains catégories d'objet de preuve auxquelles il sera ultérieurement fait appel dans l'explication de la répartition de la charge de la preuve (v. Deuxième Partie).

B) *Caractères de l'objet de la preuve.*

L'étude classique des preuves insiste sur le rôle des parties et il est effectivement intéressant de prendre conscience des difficultés qu'elles peuvent avoir à établir tel ou tel fait. Il nous semble que l'examen des caractères de l'objet de la preuve est encore plus utile pour la détermination de l'attitude du juge, optique sensiblement différente et qui est celle que nous avons choisie. Le degré de collaboration du juge et des parties varie notamment en fonction des caractères du fait à prouver. Les règles d'administration et de charge de la preuve ne sont pas exactement les mêmes selon qu'il s'agit de faire la preuve d'un fait positif ou d'un fait négatif. On doit également distinguer la preuve objective et la preuve subjective.

1) *La distinction des faits positifs et négatifs.*

Présentée, en droit civil (8) comme une exception à la règle de la charge de la preuve, la dispense éventuelle de la preuve négative revêt, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, un caractère particulier qui s'explique par les modalités de répartition du fardeau de la preuve dans ce contentieux. Beaucoup plus qu'une exception à une règle qui s'imposerait au juge administratif, elle est pour lui un élément d'appréciation qui prend naturellement place dans l'attitude très nuancée qu'il adopte à l'égard de ce problème.

La portée du fait négatif est, en premier lieu, assez restreinte lorsque la démonstration peut être faite de manière symétrique par la preuve du fait positif contraire. La preuve de l'affirmation positive contraire aboutit au même résultat, tout en étant généralement plus facile. Il y a alors un déplacement de l'objet de la preuve effectué, soit directement par le requérant, avec l'autorisation du juge, soit sur intervention de ce dernier, ce déplacement pouvant alors s'accompagner d'un transfert de la charge de la

(8) M. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », Rev. Trim. Dr. Civ. 1953, p. 1.

preuve. Par exemple, le Conseil d'Etat peut renoncer à exiger de la victime d'un accident la preuve de son absence de rémunération pendant la période d'incapacité temporaire consécutive à cet accident, et constater que le département responsable n'apporte aucun commencement de preuve de la perception de revenus par la victime pendant la période considérée (9).

La présence d'un fait négatif n'est véritablement délicate qu'au cas où le demandeur ne peut recourir à cette possibilité, parce qu'il se trouve en face de ce que M. Larguier appelle « une proposition négative indéfinie ».

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir de nombreuses preuves négatives sont pratiquement indéfinies. Si nous disons pratiquement, c'est que l'administré, s'il a toujours théoriquement la possibilité d'alléguer le détournement de pouvoir qui peut donner lieu à une preuve positive, a rarement l'occasion et la chance de l'établir.

Que doit prouver le candidat empêché de se présenter à un concours, pour des raisons qu'il estime politiques ? Soit l'absence de tout autre motif susceptible de justifier la décision de refus, c'est à dire une preuve négative, difficile à rapporter, soit le mobile politique, c'est à dire, pratiquement, un détournement de pouvoir.

Nous verrons qu'en fait l'évolution du contrôle des motifs a pour principal intérêt, sur le plan contentieux, de sanctionner sur cette base des illégalités qu'il était autrefois difficile d'établir en alléguant directement le détournement de pouvoir.

Il reste qu'avant que ne s'amorçât une évolution de la preuve du détournement de pouvoir, ce type de litige présentait une difficulté de preuve considérable pour le requérant (10).

Quelle est alors l'attitude du juge administratif ? La présence d'un fait négatif n'a aucun effet automatique (11), mais la difficulté de preuve qui en résulte incite le juge à venir en aide au requérant. Alors que le juge n'accepte, en général, d'intervenir que lorsque le requérant, par des démonstrations appropriées, a fait naître un doute ou ébauché un commencement de preuve, en cas de fait négatif il est beaucoup moins exigeant et se contentera de constater, par exemple, qu'il n'existe « aucune indication de nature à infirmer les allégations de la requérante » (12).

(9) C.E. 4 janvier 1964, Dép. du Nord, A.J.D.A. 1964, p. 507. De même la preuve négative de l'absence des formalités d'avertissement préalables à la décision prononçant la perte d'office de la nationalité française peut être remplacée par la preuve positive qu'à la date de l'envoi des documents le requérant était appréhendé et incarcéré à Fresne... : C.E. Section, 28 janvier 1966, Sieur Braeckman, p. 67.

(10) Sur la difficulté d'établir un détournement de pouvoir au moyen d'une preuve négative, voir par exemple : C.E. 15 mars 1946, Cie d'Exportation de Madagascar, Rec. Penant 1947, I, 7, Concl. Detton, note Charlier.

(11) V. C.E. 15 mars 1946, Min. de l'Intérieur c/Sieur Livet, p. 534, espèce dans laquelle la requête est rejetée faute d'une preuve négative.

(12) C.E. 23 octobre 1963, Dame Vve Musy, A.J.D.A. 1964, p. 173, note P. Laporte (preuve de l'absence de communication de pièce au cours de l'instruction devant un Tribunal Administratif).

Dans une affaire Dame Perney de 1951 (13), un professeur relevé de ses fonctions, en application d'une loi de 1940, devait, pour obtenir sa réintégration, prouver qu'aucune insuffisance professionnelle, ni aucun fait entachant l'honneur et la probité, n'avait motivé l'exclusion critiquée.

Aucune pièce versée au dossier n'étant de nature à contredire les *affirmations* (et non les preuves) de la requérante, le juge décide, après avoir mis l'administration en demeure de présenter ses observations, que, par son silence, le ministre est réputé avoir admis l'exactitude des faits allégués par la requérante.

Il existe ainsi d'assez nombreux exemples de dispense totale ou partielle de la preuve négative, s'accompagnant souvent d'un transfert de la charge de la preuve (14).

Il n'y a pas, dans ces exemples, de preuve totale, mais une probabilité que l'attitude de l'administration renforce. On voit déjà que la répartition de la charge de la preuve sera très largement commandée par l'étendue du fait à prouver, celle-ci s'entendant aussi bien de la détermination de ce qui doit être prouvé que de la précision exigée pour cette démonstration. A la limite, le juge se satisfait d'une probabilité portant sur un fait voisin de celui qui devait être établi.

2) *La distinction des preuves objectives et subjectives.*

Elle est essentielle dans l'examen du moyen tiré du détournement de pouvoir.

Quel est, en effet, l'objet de la preuve de cette illégalité ? L'intention de l'auteur de l'acte. Or la preuve d'une intention est naturellement plus difficile à rapporter que celle d'un événement matériel.

Cela tient, a-t-on fait remarquer (15), à ce qu'il existe une contradiction entre l'objet de la preuve, qui est d'ordre subjectif, et les moyens de cette preuve, qui sont, eux, d'ordre objectif. Cette contradiction est d'autant plus difficilement surmontable que la jurisprudence exige que le détournement de pouvoir soit établi et non pas seulement rendu probable, ni même, a fortiori, seulement allégué.

Le détournement de pouvoir ne se présume pas, il ne représente pas davantage une illégalité d'ordre public et doit toujours être allégué ; enfin, il a pendant longtemps été considéré comme un moyen d'annulation subsidiaire.

(13) C.E. 31 janvier 1951, Dame Perney, p. 58.

(14) C.E. 27 février 1946, Lazhar Ben Mohamed Aidoudi. Rec. Penant 1947, p. 61, note Luchaire ; C.E. 20 juillet 1951, Fiat ; C.E. 28 juillet 1951, Sté Blohom, p. 452 ; v. l'article de Mme Cadoux-Trial, « La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat », Etudes et Documents du C.E. 1953, p. 83.

(15) G. Jèze, « La jurisprudence du Conseil d'Etat et le détournement de pouvoir », R.D.P. 1944, p. 59 et s. ; Mlle J. Lemazurier, « La preuve du détournement de pouvoir », R.D.P. 1959, p. 36.

La conjonction de la sévérité du juge administratif quant à l'admission du détournement de pouvoir et de la limitation rigoureuse des moyens de preuve susceptibles de l'établir explique que les annulations prononcées pour ce motif aient été, pendant longtemps, relativement peu nombreuses (16).

C'est dans ce domaine que devra se manifester avec le plus de ténacité la libéralisation du régime des preuves. Nous aurons à l'étudier en détail (Troisième Partie, Chapitre Second, Section II, § I), mais il faut, dès maintenant, esquisser les principaux traits de cette évolution du détournement de pouvoir qui tend à éliminer la contradiction de l'objet et des moyens de la preuve.

Il est possible de distinguer, dans cette évolution, deux directions fondamentales.

Il y a d'abord une libéralisation dans l'admission de la preuve. Cet aspect est assez classique (17) : le requérant supporte toujours le fardeau de la preuve de l'illégalité, mais le juge, qui apprécie librement la valeur de chaque élément de preuve, l'autorise à user de moyens plus nombreux et surtout plus accessibles, ou admet un déplacement de l'objet de la preuve.

Le détournement de pouvoir qui devait, à l'origine, ressortir des termes de la décision attaquée peut ensuite résulter de toutes les pièces du dossier soumis à l'examen du juge (18), ou d'un faisceau de présomptions (19), ou bien encore de circonstances particulières à l'affaire (20), voire extérieures à celle-ci (21).

Alors que dans le premier état de cette jurisprudence le détournement de pouvoir devait être directement établi, il peut maintenant se dégager de la preuve d'un ensemble de circonstances objectives. Tel est le premier aspect de l'évolution qui concerne, à vrai dire, autant et même plus un déplacement de l'objet de la preuve du détournement de pouvoir qu'un élargissement direct de l'admission des moyens de cette preuve (22).

Dans ces conditions on peut penser que ce premier aspect de

(16) V. pour un arrêt de rejet caractéristique: C.E. 15 mars 1946, précité note 10.

(17) R. Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », R.D.P. 1952, p. 292 ; Mlle J. Lemazurier, article précité, p. 57 et s.

(18) C.E. 16 novembre 1900, Maugras, S. 1901.3.57, Concl. Romieu, note Hauriou.

(19) C.E. 3 août 1927, Stade Olympique Chabanais, p. 917, concl. Rouchon-Mazerat.

(20) C.E. 28 octobre 1964, Dame Hué, p. 493.

(21) C.E. 2 février 1957, Sieur Castaing, p. 78 ; Trib. Adm. de Paris, 8 juillet 1958, Sieur Le Parc, p. 750.

(22) Cette évolution est, en effet, généralement présentée comme une conséquence de la détermination des moyens de preuve admissibles. Cela est exact pour ce qui concerne la preuve résultant des pièces du dossier ; par contre, les présomptions qui se dégagent, par exemple, du rapprochement des dates et des faits dans une nomination pour ordre, sont, comme leur nom l'indique, une conséquence que le juge étend d'un fait connu à un fait inconnu, en admettant un déplacement de l'objet de la preuve. Cela est encore plus évident pour la preuve tirée des circonstances extérieures à l'acte attaqué.

l'évolution est nécessairement soumise à certaines limites : les limites du déplacement de l'objet de la preuve que l'étude de la pertinence de l'offre de preuve permettra de préciser.

C'est donc d'une intervention personnelle du juge administratif qu'il faut attendre le progrès décisif dans le contrôle et la censure du détournement de pouvoir. Ce deuxième aspect, à la différence du précédent, ne concerne que le juge. Celui-ci tend, de plus en plus, à intervenir dans le débat en interrogeant l'administration selon des procédures variées, la forçant ainsi, en quelque sorte, à « passer aux aveux » (23).

Cette tendance, on le verra, n'est pas encore très affirmée. Le libéralisme de l'évolution future dépend de la réponse que le juge fera à deux questions.

En premier lieu, quel doit être, à défaut de preuve totale, le degré de crédibilité des allégations du requérant pour que le juge se décide à intervenir dans la recherche du détournement de pouvoir ? Autrement dit, quelle part minimum du fardeau de la preuve le juge de l'excès de pouvoir entend-il laisser, en tout état de cause, à la charge du requérant ?

Ensuite, jusqu'où le juge, qui a décidé d'intervenir dans la recherche de la preuve sur la base de l'apport précédent, acceptera-t-il de pousser ses investigations *en matière de détournement de pouvoir* ?

C'est, en effet, une grande règle informulée du régime des preuves en droit administratif que l'administration et la charge de la preuve dépendent étroitement de l'étendue du contrôle exercé par le juge.

Nous retrouverons plus longuement ces questions, mais il apparaît d'ores et déjà certain que c'est de l'office du juge en matière de preuve que dépendent l'avenir et l'efficacité contentieuse du détournement de pouvoir.

C) *L'objet de la preuve peut ainsi avoir un caractère objectif ou subjectif, positif ou négatif. Quels sont alors les rôles respectifs du juge et des parties ?*

Le désaccord portant sur l'existence ou la matérialité des faits, les parties doivent apporter la preuve du fait contesté, en totalité ou en partie, et il revient au juge d'appliquer le droit. Les rôles sont nettement départagés car, si les parties sont en désaccord sur les faits de la cause, elles ne contestent ni l'existence, ni la portée du droit applicable à ces faits, mais seulement qui doit bénéficier ou souffrir de son application. C'est l'hypothèse classique à laquelle on pense le plus souvent lorsque l'on évoque

(23) Cf. *infra*, Deuxième Partie, Chapitre Premier, Section II, § III, jurisprudence Barel.

un problème de preuve, aussi était-ce par celle-là que nous devions commencer (24).

Il n'en va pas de même lorsque, du désaccord sur les faits naît un désaccord sur le droit applicable.

§ II — *Désaccord sur la qualification juridique des faits.*

Dans l'examen théorique de cette hypothèse, on tiendra l'existence et la matérialité des faits pour établies, mais il est bien évident que le désaccord peut intéresser l'un et l'autre aspect.

Cette situation est fréquente dans le contentieux de l'excès de pouvoir, notamment en matière de fonction publique. On la retrouve aussi dans celui de pleine juridiction chaque fois que la solution d'un litige est subordonnée à l'appréciation, par le juge, des caractères d'un fait. Il peut s'agir, aussi bien, d'apprécier une faute, le degré d'anormalité ou de spécialité d'un dommage de travaux publics, le caractère exorbitant d'une clause contractuelle, ou l'existence de circonstances exceptionnelles. Cette conception extensive du « fait de nature à... » nous paraît correspondre à la pratique du Conseil d'Etat et suffit aux exigences d'un examen des preuves.

Nous envisagerons successivement : les caractères du litige, l'objet de la preuve, et le rôle du juge et celui des parties.

A) *Les caractères du litige.*

La détermination de la règle de droit applicable dépend de la qualification juridique des faits. Ceux-ci, lorsqu'ils répondent à la qualification exigée par les textes, sont alors la condition légale de l'application du droit, qu'il s'agisse de déterminer quelle est la règle de droit applicable ou de tirer simplement les conséquences de son application.

En voici plusieurs exemples.

Les faits reprochés à une association qui a manifesté dans son action sa solidarité avec le Front de l'Algérie Française (aspect matériel non contesté) étaient-ils de nature à justifier la mesure de dissolution prise par le ministre, en application de la loi du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement à utiliser l'article 38 de la Constitution (25) ?

Le comportement d'une personne ayant une double nationalité

(24) L'arrêt Frémicourt (C.E. 4 juin 1947, p. 245) illustre bien ce partage nettement établi du rôle du juge et des parties. La décision du Garde des Sceaux admettant d'office le Premier Président de la Cour de Cassation à faire valoir ses droits à la retraite, motivée par la participation de l'intéressé au gouvernement de fait de l'Etat Français du 12 juin au 16 juillet 1940, est annulée car elle repose sur un fait matériellement inexact (la durée des fonctions). Rec Penant, 1947, 1, 210, note Waline.

(25) C.E. Section, 5 février 1965, Assoc. « Comité d'entente pour l'Algérie Française », p. 73, concl. Galmot.

autorisait-il le recours à la procédure de la déchéance d'office de la nationalité française, prévue par l'article 96 du Code de la Nationalité (26) ?

Un licenciement, une mesure de mise à la retraite d'office, ont-ils été pris dans l'intérêt du service, ou pour des raisons disciplinaires ? De la qualification adoptée (mesure de service, mesure disciplinaire) dépendra le régime juridique auquel la décision attaquée devait être soumise (respect d'un délai de préavis, formalités, garanties disciplinaires...) (27).

Dans ces différents exemples, la régularité de l'application de la règle de droit par l'administration est conditionnée par le respect de conditions qui sont prévues de façon suffisamment précise dans les textes et que l'examen de la qualification juridique des faits permet de contrôler. En cas de fausse qualification par l'administration, les conditions d'application du droit n'existant plus, l'action administrative devient illégale.

B) *Ce qui doit être prouvé*, c'est l'existence ou l'absence de la condition légale d'application du droit. Elle dépend de la preuve d'une qualification : l'aptitude du fait à entraîner l'application de la règle de droit. Le requérant, victime d'une « mesure » administrative prise sans communication du dossier, devra établir (en totalité, ou en partie) à la fois le caractère réel de la mesure dont il est victime (en prouvant par exemple qu'il s'agit d'une sanction de type disciplinaire et non d'une simple mesure de police), et l'absence de communication. Le juge applique le droit sans difficulté dès lors que la qualification est certaine et a levé toute ambiguïté quant à la détermination de la règle applicable au litige.

C) *En matière de preuve, le rôle des parties n'est donc pas limité* à l'établissement matériel des faits. Elles doivent, non seulement prouver l'existence de ces faits, mais aussi démontrer qu'ils ont tel ou tel caractère propre à permettre leur qualification d'un point de vue juridique.

On est alors en présence d'un objet de preuve à caractère complexe dans lequel il devient nécessaire de dissocier un élément purement matériel et un élément juridique. Selon l'étendue du contrôle juridictionnel, qui dépend largement de la précision et du contenu des textes qui autorisent l'action administrative, cette dissociation existe ou bien n'est pas prise en considération par le juge. Tantôt il suffira de prouver l'existence, la réalité concrète des faits, tantôt il faudra, en outre, démontrer que ces faits suffisent à entraîner l'application du droit ou sont, au contraire, insuffisants à la faire. Le rôle des parties, ni même celui du juge, ne sont comparables dans les deux cas.

(26) C.E. Assemblée, 20 mars 1964, Sieur et Dame Konarkowski, p. 197.

(27) C.E. 26 octobre 1960, Rioux, p. 558, concl. Chardeau ; C.E. Section, 1^{er} mai et 6 novembre 1936, Couespel du Mesnil, pp. 485 et 965.

Cette dissociation de l'objet de la preuve peut se révéler fondamentale pour la répartition du fardeau de la preuve. Elle joue alors le rôle d'une ligne de partage, le juge dissociant dans la preuve des faits celle de leur existence et celle de leur qualification, c'est à dire celle de leur réalité concrète et celle de leur caractère suffisant pour entraîner l'application du droit et emporter la conviction du juge.

Nous retrouverons cette dissociation en étudiant le problème de la charge de la preuve, mais il faut, dès maintenant, prendre conscience de la diversité et, par là, de l'importance pratique des dissociations faites par le juge au sein de l'objet de la preuve.

1) *Le plus généralement*, c'est le fait contesté, source du litige, qui doit faire l'objet de cette double preuve. Ainsi, la responsabilité pour faute de la puissance publique est susceptible d'être engagée si tel fait constitue une faute (premier aspect de la preuve) et, pour certains services, de police ou de type hospitalier par exemple, si cette faute est une faute lourde (second aspect de la preuve). L'objet de la preuve est unique, mais plus ou moins complexe selon la nature de la faute exigée pour engager la responsabilité de l'Etat (28).

2) *Parfois aussi*, il y a dissociation de l'objet de la preuve, non plus au sein même du fait qui a directement donné naissance au litige, mais entre ce fait et un autre fait, ou un ensemble de faits distincts du fait générateur du procès et dont la preuve est nécessaire pour la qualification de l'ensemble de la situation litigieuse. L'urgence, les circonstances exceptionnelles, la force majeure, sont des éléments de qualification qui, une fois établis, tempèrent ou contrarient les résultats de la preuve des faits stricto sensu (29). Considérons, par exemple, la situation d'un agent de l'administration qui conteste la compétence de l'auteur d'une décision le concernant. L'incompétence de l'auteur est le moyen qui est utilisé pour parvenir à l'annulation ; l'objet de la preuve peut être l'absence ou l'irrégularité d'une délégation de pouvoir ou de signature. Cette preuve peut cependant se révéler insuffisante s'il est établi qu'il existait des circonstances exceptionnelles, une urgence, ou encore, dans certains cas, que l'administration exerçait une compétence liée (dans le cas d'un détournement de pouvoir).

3) *Enfin*, la preuve d'un fait, bien que parfaitement régulière, peut être inopérante pour des raisons qui sont uniquement imputables au juge. Il y a alors dissociation entre l'objet de la preuve et la conviction du juge qui paraît s'appuyer sur des constatations extérieures à cette preuve. Nous mentionnons dès maintenant cette

(28) C.E. 16 mars 1956, époux Domenech, p. 124, concl. Mosset.

(29) Pour des exemples de faute lourde: T.A. de Montpellier, 8 février 1967, Compagnie La Nationale, p. 555 ; d'exonération en cas de dommages de travaux publics: T.A. de Marseille, 9 juin 1967, Compagnie d'Assurances « Marine Marchande », p. 581.

hypothèse, bien qu'elle soit sensiblement différente des précédentes. Il en est ainsi chaque fois que, à partir d'une situation bien établie, le juge adopte une solution différente de celle à laquelle on pouvait s'attendre, parce qu'il considère que l'absence de formalité est couverte par l'appel à la notion de fonctionnaire empêché, que la formalité en question n'était pas substantielle, que le motif illégal était surabondant, ou qu'il y avait lieu d'en considérer d'autres en opérant une substitution de motifs, etc...

Mis à part ces derniers exemples dont nous venons de signaler le caractère assez particulier, il est possible que la même personne ait à établir l'un et l'autre aspect de la preuve, mais il est également possible que le juge s'appuie sur cette dissociation pour ne laisser au requérant que la preuve de la réalité des faits et demande à l'administration de combattre cette preuve en démontrant qu'elle n'est pas suffisante, que les faits étaient de nature à justifier la décision critiquée, bref, qu'elle a respecté la condition légale à laquelle son action était soumise.

On voit par là que la charge de la preuve est étroitement liée à son objet, que la réponse à la question : qui doit prouver ? est commandée par celle que l'on a faite à la question : qu'est-ce qui doit être prouvé ? et qu'enfin, le juge administratif est au centre de toutes ces questions.

§ III — *Désaccord sur un point de droit.*

L'examen des hypothèses précédentes (désaccord sur la qualification juridique des faits) nous a permis de constater qu'une contestation portant sur les faits pouvait aboutir à un désaccord sur la règle de droit applicable. Le rôle du juge était alors de décider comment il convenait d'appliquer la règle de droit dans une situation de fait mal définie.

Nous supposons qu'il existait pour cela une règle certaine à laquelle il pût se référer. Que se passe-t-il en l'absence d'une telle règle ? Le contenu, le champ d'application, la validité même de la règle du droit peuvent être incertains ou contestés. Faut-il considérer qu'il ne s'agit là que de pures questions de droit et d'interprétation des textes, pour lesquelles le juge est seul compétent ? Doit-on en conclure qu'aucun problème de preuve n'existe chaque fois que les parties sont d'accord sur les faits ?

C'est bien l'avis de l'ensemble de la doctrine, tant en droit privé qu'en droit public, pour qui l'objet de la preuve est toujours un fait. Nous allons vérifier s'il en est toujours bien ainsi, notamment dans le contentieux le plus original du droit administratif, celui de la légalité.

A) *Désaccord portant sur le champ d'application d'une règle de droit.*

Les parties prétendent, l'une que la règle est applicable au litige, l'autre qu'elle ne l'est pas.

1) Le désaccord peut concerner, en premier lieu, le champ d'application de la règle de droit en vertu de laquelle agit l'administration.

Dans la pratique, de tels désaccords interviennent fréquemment lorsqu'un texte spécial, et d'une application souvent limitée, énumère, sinon les conditions légales d'application, ce qui permettrait un véritable contrôle de qualification juridique des faits, du moins certaines catégories de faits, auxquelles la loi est seulement applicable.

a — La jurisprudence concernant l'épuration administrative, les internements administratifs, ou la police des étrangers en France, illustre bien ce type de litige (30).

Dans le contrôle du motif étranger au champ d'application de la loi, contrôle purement abstrait et parfois exclusif (cf. affaires Frocrain, Dame Bourokba, note 30), sur quoi la preuve doit-elle porter ?

Dans l'arrêt d'Assemblée « Dame Bourokba », les faits du litige consistaient dans une interdiction de séjour prise en application de la loi du 3 avril 1955 instituant le régime de l'état d'urgence, en relation avec les événements d'Algérie. Le juge constate : «... (qu'il ne ressort pas des pièces du dossier) que l'arrêté contesté ait été pris pour des motifs étrangers au champ d'application (de la loi de 1955) », et rejette la requête. La demande de la requérante n'aurait, à l'inverse, pas été rejetée si l'examen du dossier avait permis d'établir que l'administration avait utilisé un texte qui n'était pas applicable aux faits (c'est à dire l'attitude de la requérante, ses fréquentations, etc...), preuve assez théorique et difficilement rapportable.

De même, dans l'affaire Frocrain (v. note 30), les faits qu'allèguent le préfet et le Ministre de l'Intérieur pour justifier une interdiction de séjour ne rentraient pas dans le champ d'application de l'Ordonnance du 4 octobre 1944.

Dans ces deux espèces, le juge a dû, pour se prononcer, vérifier la légitimité de l'application du texte aux faits invoqués par la puissance publique. Cela peut ainsi l'entraîner à vérifier qu'un

(30) Jurisprudence concernant l'épuration: C.E. 16 avril 1948, Richard, 1948, III, p. 62 ;

— les interdictions de séjour: C.E. Section, 27 février 1948, Frocrain, p. 97 ; C.E. Assemblée, 16 décembre 1955, Dame Bourokba, p. 590 ;

— les internements administratifs pris en vertu de textes sur l'application de l'article 16 de la Constitution: C.E. 13 novembre 1964, Min. de l'Intérieur c/Sieur Rocher, A.J.D.A. 1965, p. 228 et C.E. 13 novembre 1964, Min. de l'Intérieur c/Sieur Livet, p. 534, D. 1965, p. 668, note Demichel ; J.C.P. 1965, II, 14 286, note Langavant ;

— les interdictions d'écrits étrangers: C.E. Section, 4 juin 1954, Barbier, p. 345 et Joudoux et Riaux, p. 346 ; C.E. 17 décembre 1958, Soc. Olympia Press, Girodias, D. 1959, p. 175, concl. Braibant ;

— le retrait d'autorisation d'une association étrangère: C.E. Section, 22 avril 1955, Assoc. Franco-Russe dite « Roussky-Dom », Rev. Adm., p. 404, concl. Heumann ;

— ou la police des français à l'étranger: C.E. 24 février 1956, Sieur Seurot et autres, p. 91.

texte relatif à l'épuration n'a pas été utilisé à des fins disciplinaires (31). Toutefois ce contrôle est fort limité ; il demeure purement abstrait et procède du rapprochement théorique du texte et des faits dont le juge ne contrôle pas la qualification.

b — Quel est, dans ce cas, le rôle du requérant ? A partir du moment où la réalité des faits est établie, ou n'est pas contestée, doit-il aller plus loin et démontrer que ces faits ne rentraient pas dans le champ d'application du texte utilisé par l'administration ? On est tenté de répondre négativement, car ce serait là confondre l'objet de la preuve et les moyens du recours. Le requérant invoque une illégalité tirée d'une erreur quant au champ d'application de la loi : c'est un moyen qui est d'ailleurs d'ordre public (32). Or, les moyens ne sont pas des preuves. Un recours qui n'est pas assorti de moyens sera irrecevable ; un recours dans lequel aucune preuve n'est rapportée sera rejeté au fond.

Ici l'objet de la preuve est limité à l'établissement des faits et il revient ensuite au juge de les confronter avec la définition légale du texte, ce qui lui permettra, avec la marge d'appréciation que la plus ou moins grande précision du texte autorise, de constater l'illégalité tenant au champ d'application de la loi. Toutefois, dans la pratique, il est bien délicat de préciser nettement où s'arrête l'obligation des parties et où commence le rôle du juge. L'étendue de l'objet de la preuve dépend du contenu et de la précision du texte mis en œuvre par l'administration. Lorsque le juge constate « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier » que l'arrêté ait été pris pour un motif étranger au champ d'application de la loi (Dame Bourokba, précité), on peut penser qu'il attendait du requérant qu'il fit la preuve du motif étranger à la loi, qu'il établît que les faits pris en considération par l'administration n'entraient pas dans la catégorie de faits prévus dans la loi appliquée. La distinction de l'objet de la preuve et du moyen allégué est alors bien délicate à faire. En réalité, le rôle du requérant (auquel l'administration peut être associée sur la demande du juge) consiste à établir l'exactitude ou l'inexactitude matérielle des faits et à revendiquer ou repousser, par des moyens appropriés, l'application du droit. Il est bien évident que, pour l'ensemble de cette démonstration, les plaideurs ne peuvent se limiter à l'examen de questions de pur fait, et doivent aussi évoquer les conditions d'application du droit.

2) Enfin, il arrive que l'action administrative soit illégale, non plus en raison d'une violation du champ d'application de la loi qui l'autorise, mais par suite d'une violation pure et simple de la loi, parce qu'elle a méconnu l'étendue d'un texte qu'elle devait respecter. Le désaccord porte ici sur l'étendue d'application d'un

(31) C.E. 16 avril 1948, Richard, S. 1948, III, p. 62.

(32) C.E. 11 mai 1956, Société Française des Transports Gondrand, A.J.D.A. 1956, II, 247, concl. Long.

texte qui n'est plus celui sur lequel se fonde l'action administrative, mais qui précise les limites de cette action.

Un arrêt « Sieur Torres » du 2 février 1966 nous en fournit un bon exemple (33).

Le Président du Conseil Supérieur de la R.T.F., qui occupe normalement un emploi à la direction du Gouvernement, défère au juge de l'excès de pouvoir le décret qui met fin à ses fonctions, estimant qu'il est entaché d'illégalité pour n'avoir pas été précédé de la formalité de la communication du dossier.

La solution du litige est subordonnée à l'examen de deux questions :

— l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, qui prévoit la communication, est-il applicable lorsqu'il s'agit d'emplois à la discrétion du Gouvernement ?

— si oui, avait-il été respecté en l'espèce ?

La réponse à cette seconde question relève incontestablement d'une preuve qui peut être mise à la charge de l'une ou de l'autre des parties. En l'espèce « il ne résulte d'aucune pièce du dossier soumis au Conseil d'Etat que l'intéressé ait, avant réception de la lettre (mettant fin à ses fonctions), été informé par le Gouvernement ». La preuve de l'accomplissement de la formalité paraît exigée et repose donc sur le Gouvernement, le juge dispensant le requérant de la preuve négative contraire.

Par contre, c'est le juge seul qui précise que la règle de la communication du dossier est applicable pour les emplois qui sont à la discrétion du Gouvernement. Le requérant peut bien convaincre le juge qu'il se trouvait dans une situation nécessitant le respect de la formalité contestée, la démonstration de cette « nécessité » constitue tout au plus la revendication *d'un droit* : celui de la communication du dossier, et non la preuve *du droit* et de son champ d'application.

Le rôle du juge qui « dit le droit » est exactement le même lorsqu'il décide, par exemple, à l'inverse, que la formalité de la communication du dossier n'est pas applicable en matière de police à cause du caractère préventif des mesures décidées (Dame Bourokba).

B) Désaccord portant sur le contenu de la règle de droit.

Il constitue l'exemple le plus fréquent de litige dont la solution n'est pas déterminée par l'application d'un fait.

Il ne s'agit pas uniquement de recours direct en interprétation, mais aussi de recours ordinaires dont le but est de trancher un litige pour la solution duquel l'interprétation d'une règle de droit est nécessaire. Le juge administratif ne peut s'y refuser sous prétexte d'insuffisance ou d'obscurité de la loi. Pareille attitude constituerait un déni de justice que la loi interdit (Article 4 du Code Civil).

(33) C.E. 2 février 1966, Sieur Torrès, p. 70.

1) De telles hypothèses se rencontrent fréquemment dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

Voici un arrêté du Gouverneur Général de l'Algérie qui prévoit la possibilité de maintenir en fonction, au-delà de la limite de soixante-dix ans, les greffiers ayant atteint cet âge. Il n'est pas contesté que le requérant, auquel le bénéfice de ce texte a été refusé, entre pourtant dans la catégorie des greffiers pouvant bénéficier de ce régime transitoire. Les parties sont également d'accord sur le champ d'application de l'arrêté.

Le rôle du juge consiste ici à préciser le contenu exact de l'arrêté : instituait-il une obligation ou seulement une faculté ? C'est la seule question qui doit être résolue pour que soit tranché le litige (34). C'est un problème d'interprétation de la règle de droit qui porte ici sur le sens exact de l'arrêté gubernatorial et qui aurait tout aussi bien pu porter sur l'étendue des pouvoirs du gouverneur si le requérant avait contesté le sens du texte fixant les compétences de l'autorité administrative.

La mesure de reconstitution de carrière dont bénéficie, à titre gracieux, dans son cadre d'origine, le fonctionnaire détaché n'est pas applicable au corps de détachement. Cette solution est donnée dans une affaire où tous les faits étaient constants : le juge a seulement dû préciser la portée des diverses mesures administratives concernant la situation du requérant (35).

2) L'interprétation faite, en définitive, par le juge ne doit pas être observée isolément. Elle est le résultat d'une confrontation d'arguments invoqués par les parties à l'appui de l'interprétation qui leur est la plus favorable. C'est le juge qui tranche et qui détermine le sens du texte, mais il tient compte pour cela aussi bien des travaux préparatoires du texte, du sens de tel ou tel mot dans la langue courante, de la compatibilité de plusieurs dispositions entre elles, de la logique interne du texte, c'est à dire de tous les arguments avancés par les parties.

Ainsi, en présence d'un recours dirigé contre les actes d'un gouvernement démissionnaire, le juge a établi la règle de la limitation de la compétence gouvernementale à l'expédition des affaires courantes. M. Bernard souligne dans ses conclusions sur un arrêt récent (36) que l'examen d'un tel recours pose tout d'abord une question de principe : le gouvernement démissionnaire devait-il se limiter à l'expédition des affaires courantes ? Le requérant, le plus souvent, invoque le principe rappelé plus haut et les précédents jurisprudentiels. Quelle est la valeur de ce principe, trouve-t-il encore sa place dans les institutions de la Cinquième République ? Toute une contestation s'élève sur ce sujet proprement juridique et c'est à partir des appréciations des parties que le juge forme sa conviction. Il n'y a pas eu, à proprement parler, de preuve, du

(34) C.E. 5 mai 1943, N° 65.042.

(35) C.E. 25 mai 1966, Delle Giffard-Carlet, A.J.D.A. 1966 II, p. 630.

(36) C.E. 19 octobre 1962, Sieur Brocas, R.D.P. 1962, p. 1181.

moins si l'on entend par là une démonstration de fait. On pourrait soutenir qu'il ne s'agit là, en réalité, que d'un problème d'interprétation : la Constitution de 1958 exclut-elle le principe invoqué ? Mais ce travail du juge est largement préparé, orienté, par les preuves, les arguments juridiques articulés par les parties qui sont examinés avec la plus grande attention par le Commissaire du Gouvernement.

C) Contestation de la validité du droit applicable.

Dans le contentieux administratif, la preuve à faire devant le juge ne se réduit pas toujours à celle des faits. Un arrêt Camelot du 3 février 1967 (37) illustre cette particularité et éclaire les limites de la comparaison du régime des preuves en droit public et en droit privé.

Le Sieur Camelot et la Fédération Nationale des Maîtres-Artisans du Livre contestent la légalité de l'arrêté étendant la convention collective nationale applicable à leur industrie. A l'appui de leur pourvoi, les requérants soutiennent l'absence de validité de l'article 329 c. de la convention collective, qui fixe les pourcentages minimum et maximum du nombre des apprentis par rapport à celui des ouvriers. Le tribunal de grande instance devant lequel est portée la question préjudicielle de l'appréciation de la validité de ce point de droit déclare la demande irrecevable. Le Conseil d'Etat, à nouveau saisi de l'affaire, constatant à la fois ce rejet et sa propre incompétence pour cette appréciation, considère que « de cette double circonstance, il résulte que, faute pour les requérants d'apporter la preuve de l'absence de validité dudit article », le Conseil d'Etat ne peut tenir pour établie cette absence de validité, seule, en l'espèce, de nature à motiver l'annulation de l'arrêté d'extension de la convention.

Cette situation, à vrai dire assez particulière, est cependant intéressante. Devant l'impossibilité ou le refus d'appréciation des juges, les requérants doivent prouver l'absence de validité d'un texte de droit. Que la preuve de l'absence de validité de la convention collective soit seulement exigée à l'appui d'un moyen d'annulation et n'ait pas pour objet la règle de droit qui fonde la compétence du Ministre importe peu : il s'agit toujours d'établir un point de droit auquel est subordonnée, de toutes façons, la solution du litige.

A certains égards, cet arrêt présente des analogies avec le problème de la preuve de la loi étrangère dont on admet, en droit privé, que l'existence et le contenu peuvent être établis par les parties.

Mais il annonce déjà que, si la preuve a normalement pour objet l'établissement de points de fait, il arrive aussi qu'elle déborde

(37) C.E. 3 février 1967, Sieur Camelot et Fédération Nationale des Maîtres Artisans du Livre, p. 56.

ce cadre étroit. Il ne suffit pas au plaideur qui intente un recours pour excès de pouvoir d'affirmer qu'une décision est illégale, il doit également soutenir cette position par une démonstration appropriée qui peut comporter l'analyse interne du texte, la comparaison de celui-ci avec d'autres, ou la contestation de sa validité.

Que ce rôle des parties ne se limite pas toujours au strict établissement des faits, nous en voyons, par ailleurs, la confirmation chaque fois que, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le juge « crée » ou « découvre » la règle qu'il applique, en l'absence de règle de droit préexistant au litige. En l'absence de règle de droit clairement applicable au litige, le rôle du juge n'est pas le même. Celui des parties non plus : ce qui doit être prouvé ne répond plus à la définition civiliste fondée sur l'établissement des faits, mais correspond à une appréciation de fait et de droit plus subtile, que nous devons maintenant considérer.

Sous-Section III — Conséquences de l'indétermination de la règle de droit applicable au litige sur la nature de l'objet de la preuve.

Le caractère apparemment insolite de cette recherche ne signifie nullement que nous nous trouvons en face d'une hypothèse d'école. Elle recouvre, au contraire, de nombreuses situations, et c'est le mérite et l'habileté du Conseil d'Etat d'avoir su dégager une jurisprudence souvent cohérente à partir d'un ensemble de textes épars, changeants et parfois... inexistants !

§ I — Le degré d'indétermination du droit applicable au litige administratif est variable.

A) Le contentieux des décisions intéressant l'ordre public.

Tantôt il existe une règle préétablie, concernant le litige, mais son contenu est tellement vague ou général qu'elle laisse au juge une grande marge d'appréciation.

En matière de police, la loi municipale (38) soumet l'action du maire au respect des nécessités de l'ordre public, et ce n'est pas l'énumération qui accompagne la définition initiale de l'ordre public qui est de nature à préciser très efficacement quel doit être l'office du maire et, partant, celui du juge qui contrôle son action. Ce contrôle consistera essentiellement dans une appréciation de la gravité de la mesure de police décidée et de la nécessité de cette mesure eu égard à la gravité des atteintes portées à l'ordre public par l'activité réglementée, ce qui, à notre avis, n'est pas autre chose qu'une appréciation d'opportunité, diversement opérée, d'ailleurs, par les différentes juridictions (39).

(38) Article 97, C.A.C.

(39) Pour un contrôle classique du pouvoir de police locale, voir par exemple : C.E. 13 mars 1968 (2°), Min. de l'Intérieur c/époux Leroy, A.J.D.A. 1968, II, 240 ; C.E. 10 janvier 1968, Assoc. Enbata, p. 28 ; v. aussi : P. Bernard, « La notion d'ordre public en droit administratif », Thèse, Montpellier, 1959.

En l'absence de texte précis, c'est le juge administratif qui définit lui-même à quelles conditions une décision administrative sera légale ou illégale. Mais cette exigence est également bien vague : qu'est-ce qu'une perspective monumentale (40), une publication à caractère licencieux ; à quoi reconnaît-on qu'un gouvernement démissionnaire s'est limité à l'expédition des affaires courantes (41), qu'il existe un changement de circonstances juridiques (42) ou économiques (43), ou que le service minimum, indispensable au bon fonctionnement du service public, n'a pas été respecté lors d'une grève (44) ?

B) Le contentieux des décisions administratives à caractère économique.

L'intérêt général, l'ordre public, sous-tendent la jurisprudence que nous venons de citer. Bien souvent le recours à ces vastes catégories juridiques tient lieu de règle. C'est encore le cas dans le contentieux des décisions administratives à caractère économique qui fournit l'illustration la plus complète des difficultés auxquelles peuvent se heurter les administrés soumis à une réglementation économique. La situation dans laquelle ils se trouvent est excessivement inconfortable. Nous la résumerons ainsi : la notion d'intérêt général constitue, le plus souvent, la norme légale ou jurisprudentielle de référence de l'activité administrative ; le contrôle juridictionnel, sous peine de se transformer en contrôle d'opportunité, est encore très réduit ; il est difficile, en conséquence, de fournir une preuve quelconque avec quelque chance de succès.

Sur le premier point, l'absence de texte est généralement présentée comme une donnée inéluctable, inhérente à la souplesse de l'interventionnisme économique. Si le juge doit s'appuyer normalement sur une légalité préétablie et stable, « la raison d'être de l'administration économique c'est, au contraire, la transformation de l'ordre existant. Le programme remplace la règle... » (45).

Le rôle du juge est alors de « suivre l'évolution des faits économiques et sociaux » et de demeurer ainsi fidèle « aux réalités concrètes » (46).

(40) C.E. 4 avril 1914, Gomel, p. 488.

(41) C.E. Assemblée 4 avril 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie et autres, p. 210.

(42) C.E. 10 janvier 1930, Despujol, p. 30, Syndicat National des Cadres des Bibliothèques, A.J.D.A. 1964.

(43) C.E. 10 janvier 1964, Ministre de l'Agriculture c/Simonnet, R.D.P. 1964, p. 182, concl. Braibant.

(44) C.E. Assemblée 4 février 1966, Syndicat National des Fonctionnaires et Agents du Groupement des Contrôles Radio-Électriques, p. 80.

(45) Ch. Debbasch, « Déclin du contentieux administratif ? » D.S. 1967, Chr. p. 95.

(46) B. Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », Etudes et Documents du C.E. 1950, p. 77.

De nombreux auteurs soulignent ainsi la gravité des difficultés et l'étroitesse des limites du contrôle juridictionnel en matière économique (47).

En matière de preuve, le dénominateur commun de nombreux recours dirigés contre des mesures administratives de nature économique consiste dans la grande difficulté à démontrer qu'une décision *n'est pas* conforme à l'intérêt général.

C'est l'intérêt général qui justifie une dérogation au principe d'égalité devant les charges publiques (48), à celui de la liberté du commerce et de l'industrie (49). C'est donc contre une décision forte de cette référence à l'intérêt général, et parfois aussi de l'absence de texte précis, qu'un recours pour excès de pouvoir peut être dirigé. La personne qui l'intente n'a guère d'arguments à opposer à une défense aussi privilégiée dès lors que le juge apparaît relativement démuni, en l'absence de texte limitatif ou de principes certains auxquels il puisse se référer. Aussi, le plus souvent, il ne pourra que constater « qu'il *n'est pas établi* que la décision n'ait été justifiée, au moment où elle est intervenue, par des nécessités d'intérêt national » (50).

La rédaction négative est de poids : elle signifie que c'est au demandeur qu'il revient de démontrer l'illégalité d'une décision présumée conforme à l'intérêt général.

Par un curieux retour en arrière, le Conseil d'Etat paraît se comporter comme il avait coutume de le faire naguère, en matière de police, lorsqu'il considérait que la présence d'un pouvoir, alors appelé discrétionnaire, ne l'autorisait pas à rechercher les motifs de l'action administrative.

On objecterait vainement que la matière ne se prête pas à de telles investigations, en faisant valoir que le juge s'engagerait ainsi dans le contrôle d'un moyen d'action économique directe (51). La mission de contrôle du juge n'est-elle pas d'autant plus impérieuse qu'à travers l'interventionnisme économique l'Etat ne se contente plus d'une action de police réglementaire, mais organise la production, développe la planification, incite les entrepreneurs à investir, aménage le territoire ?

(47) De Soto, « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », Etudes et Documents du C.E. 1952, p. 64.

M. Fromont, « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A. 1966, II, p. 588. P. Beltrame, « Le contrôle des prix et le juge », Rev. Adm. 1967, p. 670. P. Manin, « Le commerce extérieur devant le juge administratif », Rev. Sc. Fin. 1968, p. 341.

(48) C.E. 29 juin 1961, Syndicat de la Raffinerie du Soufre Français, p. 377.

(49) C.E. 28 octobre 1960, Martial de Laboulaye, A.J.D.A. 1961, p. 20. C.E. Assemblée 19 juin 1964, Soc. des Pétroles Shell-Berre et autres, A.J.D.A. 1964 II, p. 438, note de Laubadère.

(50) C.E. 8 octobre 1958, Nataf, A.J.D.A. 1959, II, p. 23. (Absence de violation de la règle de l'égalité de traitement entre différents commerçants se livrant à la même activité). C.E. 10 janvier 1964, Min. de l'Agriculture c/S. Simonnet, précité (La preuve des changements de circonstances économiques n'est pas rapportée).

(51) Beltrame, article précité.

Ici encore, le progrès du contrôle juridictionnel sur l'administration économique passe par une libéralisation du régime des preuves. Un tel progrès n'est susceptible de se développer que si le juge limite la portée de la présomption de légalité qui caractérise généralement les décisions qui sont censées avoir été prises dans l'intérêt général, en exigeant plus fréquemment de l'administration qu'elle produise des arguments, des explications propres à justifier les motifs de son action.

Cette attitude est naturellement facilitée lorsqu'il existe un texte précis, situation malheureusement trop rare en la matière, soumettant l'activité économique de l'Etat au respect de conditions contrôlables d'un point de vue juridique. Le fait est alors incorporé au droit et le juge peut en contrôler la qualification juridique. Ce n'est pas souvent le cas (52).

Toutefois, à défaut de conditions légales précises permettant un contrôle juridictionnel approfondi, rien n'interdit au juge, s'il l'estime opportun, d'exiger de l'administration certaines justifications propres à éclairer les motifs d'une action qualifiée, trop souvent et à tort, de discrétionnaire par certains auteurs. Plusieurs indices permettent de penser que la Haute Assemblée s'engage dans cette voie libérale et il faut l'en féliciter (53).

§ II — *L'absence de règle de droit préexistante au litige réalise le degré ultime d'incertitude quant au droit applicable.*

A) *Le pouvoir normatif du juge administratif.*

Fortement controversé dans la doctrine, le pouvoir normatif du juge administratif nous paraît cependant s'affirmer d'une façon incontestable chaque fois que, notamment dans le contentieux de la légalité, le juge est conduit, en l'absence de règle de droit préétablie, à « préciser » quel est l'état du droit applicable au litige dont il est saisi. C'est là le rôle de la jurisprudence qui « comprend à la fois l'application de la règle préexistante et la recherche de la règle de droit applicable dans une espèce non prévue par la règle de droit préexistante » (54).

Mais, alors qu'en droit privé, le juge judiciaire doit d'abord et essentiellement rechercher les principes applicables dans le Code

(52) C.E. Assemblée, 4 mars 1966, Manufacture des produits chimiques de Tournan, J.C.P. 1966, II, 14 651, concl. Kahn, A.J.D.A. 1966, p. 365, note Latscha.

(53) C.E. Section, 26 janvier 1968, Sté « Maison Genestal », p. 62, A.J.D.A. 1968, chr. Massot et Dewost, p. 102 ; Dr. Soc. 1968, p. 295, note de Mlle Besson ; J.C.P. 1968, II, 15581, note Blancher ; J.C.P. 1968, I, 2203 et notre chronique, D.S. 1969 p. 456, note Fromont. Comparer avec T.A. Paris, 5 juillet 1962, Société d'ébénisterie industrielle, Valéri, p. 776.

(54) G. Scelle, Essai sur les sources formelles du droit international in Mélanges Gény, T. III, p. 403.

Civil (55) en se référant ainsi, clairement à une source positive, c'est plutôt dans l'éthique sociale, dans la philosophie politique de l'époque, que le juge administratif puise son inspiration (56).

Faut-il, pour autant, conclure que le juge administratif statue alors en équité ? C'est, semble-t-il, l'opinion de M. Pactet (57) qui explique ainsi, en la déplorant, l'attitude des parties qui, usurpant la place du juge, ont tendance à établir « non seulement l'existence des données de fait, mais également celle de la règle de droit dont le bénéfice est invoqué ». Nous reviendrons sur cette attitude : elle ne nous paraît pas aussi critiquable.

En effet, admettre la possibilité d'un jugement en équité c'est reconnaître implicitement qu'il existe des lacunes dans le droit administratif, mais c'est aussi, à notre avis, méconnaître du même coup l'originalité et le sens profond de la mission du juge administratif.

L'existence de lacunes en droit administratif se révèle parfaitement par comparaison avec la précision, la nette formulation des règles légale du droit civil. Mais c'est précisément cette norme de référence qui nous paraît contestable et qui risque de fausser l'analyse ; il faut s'en dégager comme la doctrine a d'ailleurs su le faire à d'autres égards.

Si l'on peut, dans un désir évident de simplification, avec une part d'exagération inévitable dans tout « raccourci », admettre que le droit administratif « n'est rien d'autre que la pratique actuellement observée par le juge » (58), il est bien évident que cette définition s'accorde mal avec la notion civiliste du droit.

Faute de se dégager suffisamment des principes et de la pratique du droit privé, on a peut-être trop tendance à considérer comme une lacune du droit ce qui n'est, en réalité, que la conséquence d'une procédure particulière d'élaboration du droit administratif, inhérente à la souplesse et à l'évolution de cette discipline juridique. Ces modes d'élaboration, largement prétoriens, n'ont guère d'équivalent en droit civil (exception faite de la jurisprudence sur la responsabilité).

Dès lors, s'il est logique, dans une optique civiliste, d'appeler jugement en équité le jugement rendu par un tribunal administratif en l'absence de règle de droit antérieure au litige et clairement applicable à celui-ci, le raisonnement devient inadéquat si l'on

(55) J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Mélanges Ripert*, T. I, p. 51. Ainsi, dans l'affaire *Giry* (J.C.P. 1955, II, 8.619, note Esmein) la Cour de Paris déclare : « qu'elle doit s'appuyer sur des textes et ne saurait justifier une allocation de dommages-intérêts sur le seul principe d'équité si ce dernier n'est pas concrétisé par un texte législatif ; que nos Codes ne laissent pas, en effet, pouvoir au juge de suppléer pour un motif d'équité à une lacune de la législation ». On ne saurait être plus clair !...

(56) J. Rivéro, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », D. 1951, Chr. p. 21.

(57) Thèse précitée, p. 119.

(58) C. J. Hampson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, L.G.D.J. 1958, trad. Cocâtre-Zilgien, p. 140.

tient compte de l'originalité propre aux modes d'élaboration du droit administratif.

Il n'y a pas, à notre avis, de jugement en équité dans le contentieux administratif, mais seulement une indétermination plus ou moins accusée du droit et la recherche de la règle applicable.

Cette recherche, la formulation de ce droit, son application aux faits, entrent assurément dans la mission du juge. Doit-on, pour autant, en écarter totalement les parties ?

B) *Le rôle des plaideurs.*

Il est, dit-on, de prouver les faits, non d'établir l'existence du droit sur lequel ils appuient leurs prétentions, le juge étant censé le connaître. Cette affirmation est absolument générale : on la retrouve aussi bien chez les civilistes qui, notamment depuis Martin, s'intéressent à cette question (59), que dans les ouvrages de procédure administrative (60).

1) Une règle aussi universellement admise est impressionnante, surtout si l'on considère que deux correctifs, au moins, sont venus tempérer ce que toute affirmation trop entière recèle inévitablement d'inexact.

Le premier est classique en procédure civile, quoique controversé : les coutumes et usages d'une part, la loi étrangère d'autre part, devraient, bien qu'étant des éléments de droit, être prouvés par les parties (61) qui auraient à en établir l'existence d'abord, le contenu exact ensuite. Ce premier correctif correspond cependant à des hypothèses relativement rares en droit civil. Nous avons déjà pu constater néanmoins que le juge administratif s'en inspire lorsqu'est contestée devant lui la validité d'un texte de droit (Arrêt Camelot précité p. 66).

M. Pactet présente le second correctif. Il résulte de l'attitude des parties qui, « usurpant la place du juge », « statuent par avance sur leur propre cas » au lieu de se limiter à produire dans leurs mémoires la seule preuve des faits allégués. Ayant expliqué cette attitude par la tendance du juge administratif à statuer, le cas échéant, en équité, M. Pactet rejoint ensuite la conception générale inspirée du droit privé : seul l'établissement des éléments de fait se rattache à la théorie de la preuve (v. p. 120).

(59) V. Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, T. XII, Cinquième édition par Martin, § 749, note 3 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de Droit Civil Français 1931, T. VII, N°s 1409 et s. ; Morel, Traité élémentaire de procédure civile, 2^e édition, Paris, 1949 ; J. Chevalier, Cours de droit civil approfondi : « La charge de la preuve », Les Cours de Droit, 1958-59.

(60) Pactet, thèse précitée, p. 117 : « La preuve ne porte que sur des points de fait ». Méjean, précité, p. 107. Debbasch, précité, p. 378.

(61) V. notamment H. Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », in Mélanges Maury, T. I, p. 337, D.S. 1960.

2) Nous estimons, pour notre part, qu'une transposition aussi absolue d'un principe incontestable et constamment vérifié pour un droit stable, écrit, et relativement complet, n'est pas justifiée dans un contentieux aussi particulier que celui auquel le recours pour excès de pouvoir donne naissance.

a — La démonstration de l'illégalité d'un acte administratif implique, en l'absence de règle légale antérieure au litige, un réaménagement des rôles respectifs du juge et des parties, et conduit à un élargissement de l'objet de la preuve et, par là, à une certaine rupture avec la définition qu'en donnent traditionnellement les manuels, les traités ou les thèses.

La preuve de l'excès de pouvoir nécessite non seulement l'établissement des faits, mais aussi la démonstration que ces faits ne sont pas tels qu'ils auraient dû être au regard du droit applicable.

Lorsque la règle existe, cette démonstration procède de la comparaison et de la contradiction entre les faits et la règle invoquée. Elle exige en outre, non seulement que soit alléguée la violation de la règle de droit, mais qu'il soit également précisé en quoi la loi ou le règlement a été violé, ce qui peut conduire le requérant à analyser le texte, à le comparer à d'autres, etc... Ce faisant, il quitte le domaine des faits pour celui du droit ; mais il ne nous paraît pas qu'il statue ainsi par avance sur son propre cas, ni qu'il usurpe la tâche du juge. Il la prépare.

Ce partage des rôles respectifs du juge et des parties est d'autant plus net que le droit est certain et incontesté. C'est le cas en droit civil : cela l'est aussi pour une partie du droit administratif. A l'inverse, le partage est d'autant moins net que les règles sont plus imprécises, évolutives, voire inexistantes : c'est bien souvent le cas dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir.

b — La lecture des conclusions des commissaires du Gouvernement donne des indications précises sur la nature des preuves alors avancées par les parties et la valeur qui leur est accordée par le juge au cours de l'instruction.

Le premier contact du juge de la légalité avec la longue affaire Bréart de Boisanger (62) le conduit à apprécier, parmi un certain nombre de questions, si, en majorant le prix des places à la Comédie Française, l'Administrateur Général a, comme le soutient le Ministre des Affaires Culturelles, pris une mesure contraire à la politique économique du Gouvernement.

Or, comme le fait remarquer le Commissaire du Gouvernement, M. Henry, il n'existe aucun texte précis applicable en l'espèce. En d'autres termes, et à supposer que l'Administrateur fût compétent

(62) C.E. Assemblée, 27 octobre 1961, Sicur Bréart de Boisanger, p. 595, concl. Henry.

pour prendre des mesures à incidence financière (ce qui est établi par ailleurs), il est bien difficile, et même impossible de démontrer qu'une mesure n'est pas contraire à la politique économique gouvernementale dès lors qu'il n'existe pas de règle à laquelle puissent se référer le juge ou les parties. La solution du litige dépend beaucoup plus d'une appréciation aux multiples aspects que d'une preuve proprement dite. Nous sommes ici très loin des règles de la procédure civile.

De même, dans l'affaire Brocas (63), le Commissaire du Gouvernement, ayant conclu au maintien du principe selon lequel un gouvernement démissionnaire doit se limiter à l'expédition des affaires courantes, invite ensuite les juges à répondre à la seconde question : l'organisation du scrutin et de la propagande électorale pour un référendum entrent-elles dans la catégorie des affaires courantes ? Il faut, pour cela, se reporter aux précédents jurisprudentiels, apprécier la valeur des règles traditionnellement observées en se livrant à des appréciations variées beaucoup plus qu'à l'examen d'une preuve. Il devient alors très difficile de dire que la démonstration que les décisions attaquées excèdent la notion d'affaires courantes relève d'une preuve au sens classique.

Que cela corresponde, par contre, à une extension de l'objet et à une transformation de la notion de preuve ne doit pas surprendre. La solution d'un litige dépend, en l'absence de règle précise, plus d'une appréciation de fait et de droit que d'une preuve des faits. Or une partie peut très bien succomber faute d'avoir convaincu le juge de la justesse de l'appréciation qui se révèle la plus favorable à ses intérêts. La perte du procès démontre à l'évidence que les éléments de conviction suffisants, qu'ils soient d'ordre matériel ou juridique, n'ont pas été rapportés par la partie qui a succombé.

L'arrêt de section « Maison Genestal » (64) illustre cette extension de l'objet de la preuve.

Que doit démontrer la société à qui le bénéfice d'une aide à la décentralisation a été refusé au motif que l'opération projetée par la société requérante « n'a pas paru comporter sur le plan de l'intérêt général des avantages économiques suffisants pour justifier l'octroi... (de l'avantage refusé) » ? Si l'on s'en tient à la notion classique d'objet de la preuve, il n'y a ici aucune démonstration de fait à laquelle soit subordonnée la solution du litige. La société peut certes démontrer qu'elle s'est décentralisée, mais il faut, en outre, pour que sa requête soit fondée, que soit établi l'intérêt de l'opération effectuée. C'est cette dissociation entre la preuve de la réalité des faits et celle de leur caractère suffisant pour entraîner telles conséquences d'ordre juridique qui rend complexe la notion de preuve et ne permet pas d'en limiter la définition à l'établissement des faits.

(63) C.E. 19 octobre 1962, *Sieur Brocas*, R.D.P. 1962, p. 1181, précité, p. 80.

(64) C.E. Section, 26 janvier 1968, *Sté Maison Genestal*, p. 62, précité.

Le plus souvent, le premier de ces deux aspects de la preuve seulement est examiné ; le juge constate ensuite, soit que la condition relative à l'intérêt général n'est pas remplie, c'est à dire prouvée, soit que cette appréciation relève de l'opportunité de l'action administrative (65). La limite du contrôle juridictionnel masque donc l'existence du second aspect de la preuve.

CONCLUSION de la SECTION I.

Au terme de l'examen de l'objet de la preuve, nous parvenons à trois constatations essentielles.

La première, c'est que lorsqu'il existe un problème de preuve, la détermination de ce qui doit être prouvé dépend étroitement de ce que le juge accepte de contrôler. C'est presque une évidence et c'est pourtant de ce *rapport fondamental entre la preuve et l'étendue du contrôle juridictionnel* que découle, en l'absence de texte, l'explication du régime des preuves en droit administratif. Nous le remarquons dès à présent pour ce qui intéresse *l'objet* de la preuve.

En second lieu, la détermination du contenu de la preuve n'est pas toujours simple. Nous avons constaté qu'il pouvait exister une *dissociation au sein de l'objet de la preuve entre deux éléments* dont l'un, qui est toujours nécessaire, correspond à l'établissement matériel des faits, et dont l'autre ne doit être établi que lorsque la preuve du premier est insuffisante à entraîner la conviction du juge. Nous remarquons également que l'existence et la valeur réelle de cette dissociation sont liées à la constatation précédente et dépendent de l'étendue du contrôle juridictionnel. En effet, le plus souvent, il s'agira d'ajouter à la preuve de l'existence des faits celle de leur qualification juridique lorsqu'elle est contrôlée.

Sous ces deux aspects, l'objet de la preuve demeure toujours un fait envisagé tantôt sous son aspect matériel, tantôt sous son aspect juridique.

La dissociation étudiée se révèle particulièrement utile lorsqu'elle correspond à la preuve d'un élément de fait et à celle d'un élément de droit.

Et c'est la troisième constatation. Elle nous a conduits à remettre en cause, au moins partiellement, et parce qu'insuffisant, le schéma selon lequel le juge se bornerait à appliquer le droit aux faits que lui présentent les parties.

Ce schéma rend déjà difficilement compte de la complexité du mécanisme de la preuve qui, au delà de la preuve des faits, comporte la démonstration de l'adéquation ou de l'inadéquation des faits

(65) T.A. Paris, 5 juillet 1962, Soc. d'Ebénisterie industrielle Valéri (précité note 53) ; C.E. 2 mai 1956, Ballion, R.D.P. 1956, p. 1111.

au droit. La transposition de la définition civiliste de l'objet de la preuve est encore plus contestable en l'absence de règle légale clairement applicable au litige. Dans ces cas là, la mission du juge consiste plus à apprécier l'ensemble des données matérielles et juridiques de l'espèce qu'à peser la valeur de telle ou telle preuve. Mais dans le même temps, il faut constater que les parties ne sont pas, pour autant dispensées de justifier leurs prétentions. Il existe donc un problème de preuve au contenu difficilement saisissable, mais irréductible aux seules données de fait.

La troisième constatation, c'est donc que l'on assiste parfois à un *élargissement de l'objet de la preuve*, qui annonce par conséquent une transformation de la définition même de la preuve administrative dont nous aurons à préciser l'importance.

La preuve administrative pouvant ne pas porter exclusivement sur un point de fait, nous proposons de ne considérer cet établissement des faits que comme un *minimum*. A ce minimum *peuvent* s'ajouter deux compléments qui dépendent de la plus ou moins grande précision du droit invoqué. D'une part, il peut être nécessaire d'établir en quoi et comment une règle certaine n'a pas été respectée ou appliquée : le mécanisme de la preuve commande cette incursion hors des faits. D'autre part, en l'absence de règle légale directement applicable à l'espèce, le juge de la légalité attend des parties qu'elles justifient un certain nombre d'éléments de fait et de droit, de nature à lui permettre d'apprécier l'état du droit applicable. C'est alors de la nature même du litige que résulte l'élargissement de l'objet de la preuve.

SECTION II. — LA MAITRISE DU JUGE SUR L'OFFRE DE PREUVE.

L'offre de preuve doit être utile à la solution du litige. Les civilistes exigent que l'offre de preuve soit pertinente, admissible et concluante (66). Le premier aspect de la mission de contrôle du juge est donc d'apprécier la recevabilité de l'objet de la preuve. Il constitue un principe commun à l'ensemble des juridictions (§ I). Le second peut être d'alléger l'objet de la preuve ou d'en autoriser éventuellement un déplacement s'il s'avère que la recherche des parties est vouée à l'échec ou se heurte à quelque obstacle difficilement surmontable. Ce deuxième aspect de la mission de contrôle du juge est lié au premier : la pertinence est précisément « la mesure dans laquelle il est permis au juge de déplacer l'objet de la preuve ». Mais sa mise en œuvre n'est pas identique selon les contentieux étudiés (67), (§ II). Le juge peut-il enfin aller au delà et modifier l'objet de la preuve ? Nous touchons là aux limites de son action, qui seront examinées dans la section suivante (Section III).

(66) V. Dalloz, Rép. dr. civ., V^e Preuve, par Perrot, N^{os} 24 et 25.

(67) Boudant et Lerebours-Pigeonnière, Cours de Droit Civil, T. 11, par Roger Perrot, N^o 1169.

§ I — *Le principe du contrôle de la recevabilité de l'objet de la preuve est commun à l'ensemble des juridictions.*

Le principe de la neutralité du juge civil qui préside encore assez largement à la répartition des tâches entre les plaideurs et le juge civil n'a jamais fait obstacle à ce que lui soient reconnus certains pouvoirs de contrôle des preuves, tirés des exigences logiques de toute instance juridictionnelle. Dès avant les réformes renforçant les pouvoirs du juge chargé de suivre la procédure et, plus récemment, instituant le juge des mises en état des causes (68), M. Solus avait bien insisté sur les implications réelles de cette règle de neutralité et sur leurs limites (69). Il estimait, en particulier, que le juge, quelle que soit son attitude de neutralité, devait « veiller à ce que les règles légales concernant l'administration de la preuve fussent respectées et obéies ».

Or précisément, dans la définition des conditions de recevabilité de l'offre de preuve, cette mission du juge est exclusive, la loi ne définissant nulle part le contenu de triptyque : pertinent, admissible, concluant, qui doit caractériser le contenu de l'offre de preuve et dont la recevabilité de cette offre de preuve dépend.

Seul l'article 254 du Code de Procédure Civile précise que l'enquête doit porter sur des faits admissibles et pertinents. Doit-on, en l'absence de précision légale complémentaire, en conclure qu'il y a là une règle laissée à l'appréciation du juge civil et que l'on devrait rencontrer aussi chez le juge administratif (A) ?

Faut-il, ensuite, admettre que la transposition peut s'effectuer sans nuance, aussi bien pour le recours pour excès de pouvoir que pour les recours de pleine juridiction (B) ?

A) *Le principe existe devant toutes les juridictions.*

Pertinence, caractère concluant et admissibilité de l'offre de preuve sont, pour l'essentiel, des notions de logique juridique communes à l'ensemble des juridictions et nécessaires à une bonne administration de la preuve. Il y a cependant, entre ces divers caractères, des différences qui ne sont pas négligeables (70).

1) Parmi les trois caractères énoncés, l'*admissibilité* de l'offre de preuve est certainement celui dont la transposition pose le moins de problèmes.

(68) Juge chargé de suivre : D.L. du 30 octobre 1935 ; Loi du 15 juillet 1944 ; Décret du 22 décembre 1958.

— Procédure des mises en état des causes : Décret du 13 octobre 1965 ; Décret du 7 décembre 1967.

(69) M. Solus, « Le rôle du juge dans l'administration de la preuve », in Travaux de l'Association H. Capitant, 1949, p. 128 et s. et notamment p. 131.

(70) Dalloz, Rép. dr. civ., V^e Preuve, n^o 25 par Perrot. V. aussi les conclusions de M. Morizot sur C.E. 18 avril 1969, Consorts Vitry, A.J.D.A. 1969, p. 424.

L'objet d'une preuve doit être regardé comme admissible dès lors qu'aucune loi n'interdit d'en démontrer l'existence ; il suffit de rechercher quelles sont, en droit administratif, les hypothèses, à vrai dire assez rares, qui correspondent à cette définition. Nous en voyons au moins deux.

La loi interdit que soient remises en cause des situations marquées par l'autorité de la chose jugée. En conséquence, des personnes en litige ne sauraient, lorsque l'autorité de la chose jugée dans une instance antérieure leur est opposable, contester, par des moyens ou des preuves, des éléments de fait ou de droit tranchés avec force de vérité légale (71).

A cette exception de technique juridique s'en ajoute une seconde d'ordre moral : le juge interdit à une partie de se prévaloir, à l'appui d'un recours, de la situation illicite dont elle est responsable. On trouve dans le contentieux administratif un certain nombre de décisions appliquant l'adage « *Nemo auditur turpitudinem propriam allegans* ». Le juge décide alors que le requérant « n'est pas *fondé à soutenir*... l'illégalité résultant (de la preuve) de la situation illégitime » (72).

Le contrôle de l'admissibilité de l'objet de la preuve n'offre donc pas de difficulté particulière : l'action du juge administratif s'exerce dans le cadre des textes et des principes généraux applicables.

2) Il ne suffit pas qu'une preuve soit légalement autorisée, il faut aussi qu'elle soit utile à la solution du différend. L'objet offert en preuve par une partie doit être de nature à entraîner la conviction du juge, il doit être *concluant*. Logiquement l'objet de preuve concluant est nécessairement pertinent (v. infra 3) : il se rapporte à l'objet même du litige.

L'appréciation de ce caractère dépend des conditions dans lesquelles le juge forme sa conviction. Tout dépend de la force probante de l'offre des parties ; elle peut être contredite par d'autres preuves plus solides et auxquelles le juge administratif est libre d'accorder plus d'importance ; elle peut être inutile parce que surabondante, la conviction du juge étant déjà faite.

L'appréciation du caractère concluant d'une preuve est bien transposable en droit administratif et semble y jouer un rôle plus étendu encore qu'en procédure civile, à cause de l'importance du principe de l'intime conviction (V. infra Troisième Partie).

(71) C.E. 28 octobre 1935, époux Fleur Santucci, p. 983 ; C.E. 16 janvier 1959, Pailloux, D.S. 1959, p. 419, note Gilli ; C.E. 25 juin 1958, Bilger, R.D.P. 1959, p. 108, note Waline.

(72) C.E. 11 juillet 1956, Sieur Carpentier, A.J.D.A. 1956, p. 418, et la note ; C.E. Section, 14 avril 1961, Sieur Virel, p. 237. Ce problème est généralement présenté comme une question de recevabilité des recours ; il nous paraît intéresser plus exactement la recevabilité des moyens et des preuves dont le recours peut être assorti, ainsi qu'en témoignent les termes utilisés par le juge. (Le recours n'est pas *fondé*).

3) *La preuve est pertinente* lorsque le fait que l'on se propose d'établir est « dans un rapport suffisamment direct avec le droit contesté pour que, de l'existence de l'un, le juge puisse raisonnablement induire l'existence de l'autre ». Cette définition, tirée du droit privé (73), circonscrit clairement la mission de contrôle du juge : apprécier la nature du lien qui doit exister entre l'objet de la preuve et celui de la demande en justice. L'objet de la preuve doit se « référer » à celui de la demande (droit contesté ou réclamé).

a — Un exemple choisi dans le contentieux administratif va nous permettre de préciser la nature de ce contrôle qui n'est pas étranger à la mission du juge administratif.

Les allégations d'un requérant ne sont pas pertinentes et leur preuve n'est pas recevable lorsqu'elles tendent à démontrer que l'intéressé remplissait une condition, satisfaisait à une aptitude, qui n'est pas contrôlée par le juge, et dont, par conséquent, la solution du litige ne saurait dépendre. Il est fréquent, et compréhensible, que les personnes qui plaident, se méprenant sur l'étendue exacte de leurs droits, ou bien sur l'état de la jurisprudence dont ils réclament l'application, produisent des allégations qui ne sont en réalité d'aucune utilité pour la solution de leur différend.

Le Sieur Cordelet (74), auquel a été refusée l'autorisation de prendre part à un concours de l'Ecole Nationale d'Administration, « se borne à faire valoir à l'appui de son pourvoi qu'il remplissait les conditions d'aptitude requises par (la loi)... ». « La justification de cette aptitude — répond le Conseil d'Etat — ne fait pas obstacle à ce que le Président du Conseil... use du pouvoir qui lui appartient d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentaient les garanties requises... ».

Le requérant s'est mépris sur l'étendue de la protection juridique de sa situation réelle : celle d'un candidat à un concours ; il s'est, par voie de conséquence, trompé sur l'étendue du contrôle juridictionnel. La preuve offerte n'est pas pertinente car, comme le soulignait clairement quelques mois auparavant M. Letourneur dans ses conclusions sur l'affaire Barel (75) : « la jurisprudence considère que les candidats qui remplissent toutes les conditions précises ainsi requises *n'ont pas un droit à concourir*, ils doivent être admis à concourir par le Président du Conseil (...) doté d'un pouvoir d'apprécier si les candidats sont aptes aux emplois qu'ils sollicitent et d'écarter, dans l'intérêt du service, certains d'entre eux, qu'il estime incapables de remplir la fonction sollicitée... ».

Cette précision est capitale. Selon qu'est, ou non, reconnu un *droit à concourir*, le contrôle du juge sera un contrôle de qualification juridique ou simplement le contrôle minimum de la correc-

(73) Rép. Dr. Civ. par Perrot, précité.

(74) C.E. 9 juillet 1954, Cordelet, p. 439.

(75) C.E. Assemblée, 28 mai 1954, Barel et autres, R.D.P. 1954, p. 519.

tion matérielle et juridique des motifs et du détournement de pouvoir. Et la preuve à rapporter, nous le savons, (v. supra pp. 52 et 58) n'est pas la même dans les deux cas. En l'espèce, la preuve que le candidat avait le *droit* de concourir aurait été pertinente si l'administration n'avait pas disposé d'un pouvoir de type discrétionnaire.

b — C'est sous cette forme d'une erreur du requérant quant à l'appréciation de la nature exacte du pouvoir exercé par l'administration, induisant une orientation maladroite des moyens développés, que l'on rencontre les cas les plus fréquents de contrôle implicite de la pertinence de l'offre de preuve. Tantôt le juge ne contrôle pas la qualification juridique des faits ou refuse d'en apprécier l'opportunité, et ne tient pas compte des arguments développés dans cette perspective faussement retenue par le requérant ; tantôt il accepte de lui venir en aide en rectifiant d'office un moyen incorrect eu égard à l'objet de la demande, et dont le maintien dans sa direction initiale n'eût pas manqué de rendre irrecevable l'offre de preuve qui l'accompagnait.

La jurisprudence relative aux moyens inopérants et à la rectification éventuelle des moyens présentés par les parties, bien qu'elle concerne directement des moyens plus que des preuves, n'est pas étrangère à ce contrôle (76). Il est évident qu'en procédant ainsi le juge fait d'une pierre deux coups et écarte, avec le moyen inopérant, l'offre de preuve non pertinente dont il ne manquait pas d'être assorti, par hypothèse.

Avant d'en terminer avec l'étude de la pertinence de l'offre de preuve, il convient de préciser que, si nous avons raisonné surtout sur l'objet de la preuve, il est évident que l'utilité, la pertinence d'une preuve s'entendent aussi au sens procédural de l'aptitude des *moyens* de preuve utilisés pour convaincre le juge. Ce dernier peut toujours, en procédure civile comme administrative, écarter une demande de vérification de preuve estimée inutile, inefficace ou frustratoire (77).

B) *Le principe existe dans tous les contentieux.*

Le juge administratif s'appuie, pour l'ensemble du contentieux administratif, sur des *principes* analogues à ceux qu'applique le juge civil.

On pourrait toutefois s'attendre à ce que, dans le contentieux de la légalité, la pertinence de l'offre de preuve soit appréciée en fonction des traits propres à ce contentieux. Il suffirait alors à

(76) V. l'excellent article de M. Auby: « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A. 1966, p. 5.

(77) V. par exemple C.E. 5 juillet 1967, Larbi, pour un supplément d'instruction frustratoire. Sur cette question v. J. Chevalier, « Le contrôle de la Cour de Cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », D.S., 1956, Chr. 37. V. infra, Troisième Partie, Chapitre Premier.

l'offre de preuve, pour être pertinente, d'être utile à l'examen des problèmes de légalité posés objectivement par l'acte attaqué, quelle que soit l'argumentation initiale du requérant. Autrement dit, la cause de la demande du requérant, limitée à la contestation d'un aspect de la légalité, ne limiterait pas, dans le recours pour excès de pouvoir, l'examen du juge qui pourrait considérer qu'il est saisi de l'ensemble des problèmes de légalité posés par l'acte attaqué. Dans cette conception objective du recours en annulation, la pertinence de ce qui peut être prouvé devrait alors s'apprécier non seulement, comme c'est le cas dans le plein contentieux, en fonction de l'étendue de la demande en justice, mais aussi par référence à l'ensemble des problèmes de légalité découlant d'un examen exhaustif de l'acte attaqué, qu'ils soient ou non d'ordre public.

Malgré l'existence de certains arrêts qui lui paraissent favorables (78), cette solution n'a pas prévalu. Même dans le recours pour excès de pouvoir, et en l'absence de moyens d'ordre public, le juge n'examine que les moyens soulevés par le requérant et apprécie la pertinence de l'objet de la preuve par rapport à l'étendue de la demande.

La notion de cause, entendue comme principe limitatif de l'office du juge, existe aussi bien dans le contentieux de la légalité (malgré certaines nuances), que dans celui de pleine juridiction (79).

§ II — *La mise en œuvre du contrôle diffère selon les contentieux.*

A mi-chemin entre l'allégation et la preuve proprement dite, et sous-jacente à vrai dire à toute théorie des preuves, se trouve la notion de *probabilité*.

Les civilistes admettent que, même dans un régime légal, la preuve est exclusive de toute certitude absolue, fut-elle celle que l'on retire de l'aveu. Cela est vrai, à plus forte raison, devant les juridictions administratives. Dans ces cas-là le juge peut admettre un allègement de l'objet de la preuve, ou même autoriser un déplacement des preuves requises.

Le déplacement de l'objet de la preuve constitue la mise en œuvre procédurale de la notion de probabilité. L'objet de la preuve est déplacé afin que puisse être établi avec plus de commodité un fait voisin du fait générateur du différend, l'existence du premier rendant alors probable celle du second.

(78) C.E. 29 novembre 1933, Abbé Roussel, D. 1934, 3, 7, Concl. Rivet (annulation totale d'un arrêté dont une partie seulement avait été contestée); C.E. Assemblée, 4 mars 1955, Dame André, concl. Landron, p. 126. La portée de cette jurisprudence ne doit pas être surestimée: la lecture des conclusions des commissaires du Gouvernement montre que l'extension n'est réalisée par le juge que lorsqu'elle correspond déjà à un moyen au moins sommairement évoqué dans la requête ou les conclusions.

(79) C.E. 20 février 1953, Société Intercopie, p. 88. (V. infra, Section III).

Cet aspect du contrôle de l'offre de preuve n'est pas particulier au juge administratif et on le retrouve aussi en droit civil par le jeu des présomptions, en matière de responsabilité notamment. L'action du juge de plein contentieux s'apparente sur ce point à celle du juge civil ; par contre celle du juge de l'excès de pouvoir emprunte parfois des voies plus originales et plus directes.

Tantôt le déplacement ou l'allègement de l'objet de la preuve résultent d'un aménagement légal ou jurisprudentiel du fond du droit. C'est le cas dans le plein contentieux et en matière civile (A). Tantôt c'est par une extension de son contrôle juridictionnel que le juge agit directement sur l'objet de la preuve. C'est souvent le cas dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir (B).

A) L'action du juge de plein contentieux sur l'objet de la preuve résulte d'un aménagement du fond du droit.

Ce premier procédé, plus proche du mécanisme civiliste des présomptions caractérise essentiellement, mais non pas exclusivement le recours de pleine juridiction.

1) *La loi* autorise elle-même certains déplacements de l'objet de la preuve en édictant des présomptions que le juge doit naturellement respecter. Si l'on excepte les règles propres à certains contentieux spéciaux (80), les présomptions légales ne jouent pas un rôle comparable à celui des présomptions que le juge a introduites dans le contentieux général.

2) *L'action du juge* nous intéresse directement et le contentieux de la responsabilité en offre de nombreux exemples.

Il suffit, en premier lieu, de rappeler que la jurisprudence administrative, tant qu'elle a eu à connaître du contentieux des accidents automobiles (jusqu'au 31.12.57) causés par un véhicule administratif, faisait peser à l'encontre du conducteur une présomption de responsabilité qu'elle expliquait par les dangers de la circulation (81).

Le contentieux des dommages de travaux publics donne aussi au juge l'occasion d'appliquer une jurisprudence qui allège la preuve que doit rapporter la victime de ce dommage. Celle-ci bénéficie d'un allègement du fardeau de la preuve. Ce n'est pas à dire que le requérant, usager ou tiers, soit dispensé d'établir aucun fait : il ne peut prétendre au bénéfice de cet allègement

(80) V. par exemple en matière de pensions le régime de la présomption légale d'imputabilité du décès à l'affection pensionnée de l'article L. 179 du Code des Pensions militaires. V. aussi, dans le contentieux fiscal l'art. 1651 bis du C.G.I. : charge d'une preuve pouvant incomber à l'administration lorsque la taxation ne correspond pas à l'avis de la Commission Départementale des Contributions directes.

C.E. 11 mars 1966, Droit Fiscal, 10 mars 1967, N° 10, concl. Mehl.

(81) C.E. 22 décembre 1924, Sté d'Assurances Mutuelles Les Travailleurs Français, D. 1925, III, 9, note Appleton.

qu'autant qu'il a démontré l'existence d'un certain nombre de faits et du lien qui les unit. L'automobiliste malchanceux qui dérape sur du gravier doit établir l'existence du dommage et la relation de causalité avec l'activité ou l'ouvrage incriminé. Le tiers à l'ouvrage public n'a pas autre chose non plus à prouver. Seulement, lorsqu'il s'agit d'un usager, le juge admet que l'administration puisse dégager sa responsabilité en prouvant qu'elle a normalement entretenu l'ouvrage (82). Si elle y parvient, une nouvelle obligation de preuve pèse alors sur le requérant, mais en réplique seulement.

S'il s'agit d'un tiers, l'administration n'a plus cette faculté, l'allègement de la preuve requise de la part de la victime est définitif. Le juge fera varier son contrôle en précisant le degré d'anormalité exigé pour ouvrir droit à réparation sur la base du risque (83).

Toutes ces actions correspondent à des situations suffisamment connues pour qu'il ne soit pas nécessaire d'insister, d'autant qu'elles entraînent plus un allègement du contenu de la preuve qu'un véritable déplacement de son objet.

Il faut s'arrêter, par contre, plus longtemps sur une action moins remarquée et plus originale du juge administratif qui s'explique parfaitement comme un contrôle de l'offre de preuve, quoiqu'elle soit, lorsqu'elle est étudiée, présentée indépendamment de cette question.

B) L'action du juge de l'excès de pouvoir sur l'objet de la preuve résulte parfois d'une adaptation du contrôle juridictionnel.

L'élargissement de la jurisprudence relative au contrôle de la légalité, la prise en considération d'un fait négatif, la rectification d'office des moyens invoqués par le requérant, ne constituent le plus souvent pas autre chose qu'un déplacement de ce qui doit être prouvé.

1) L'élargissement de la jurisprudence du contrôle de la légalité.

Il s'agit essentiellement de l'étude du détournement de pouvoir. Il est plus ou moins difficile d'administrer la preuve d'un détournement de pouvoir selon que le juge exige que l'illégalité du mobile soit prouvée, rendue probable, ou seulement alléguée.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, une allégation sérieuse ne suffit pas à convaincre le juge de la réalité du détournement de pouvoir, sauf si elle n'est pas contestée, l'administration avouant

(82) C.E. 8 février 1967, Ville de Marseille c/Rivaux, p. 61.

(83) Sur cette variation, comparer: C.E. Section, 2 avril 1965, Boudy, A.J.D.A. 1965, II, 376 ; C.E. 26 mai 1965, Min. des T.P. c/épouse Tebaldini, A.J.D.A. 1965, II, 376.

par là ses intentions (84). Doit-on en déduire que le détournement de pouvoir doit toujours être prouvé ? C'est, semble-t-il, ce que l'on devrait conclure des arrêts du Conseil d'Etat d'après lesquels « le détournement de pouvoir allégué n'est pas *établi* », formule rigoureuse et inhabituelle dans le contentieux de la légalité, où l'emploi du « considérant qu'il résulte de l'instruction » témoigne de plus de sollicitude du juge à d'autres égards.

Il y a pourtant, dans la jurisprudence actuelle, une orientation (v. supra p. 56) plus libérale quant à l'administration de la preuve du détournement de pouvoir. Le juge accepte, en effet, que la preuve de l'illégalité du but de l'acte puisse ressortir d'un nombre croissant de faits ou d'événements plus ou moins proches de l'acte incriminé. Plusieurs étapes jalonnent cet élargissement du contexte de l'examen jurisprudentiel.

Le détournement de pouvoir peut se dégager des termes de la décision attaquée (85), de l'examen des motifs de fait de l'acte (86), de l'étude des circonstances directement liées à l'acte attaqué ou extérieures à celui-ci (87).

Cet élargissement jurisprudentiel s'explique avant tout, à notre avis, comme le résultat d'un déplacement de l'objet de la preuve.

Ainsi, lorsque pour demander et justifier l'annulation d'un arrêté lui refusant, au début de l'année, l'autorisation d'ouvrir une officine en surnombre (88), un pharmacien *établit* qu'à la fin de la même année cette autorisation a été accordée à d'autres, et que les besoins de la population ne s'étaient pas modifiés, qu'est-ce qui permet au juge de conclure à l'existence d'un détournement de pouvoir ? La *preuve* de l'illégalité du *mobile* qui est à l'origine de la décision initiale du refus ? Assurément pas. Le requérant n'a pas apporté la preuve directe de « l'intention maligne », mais seulement celle d'un fait : la nouvelle décision accordant ce qui lui avait été refusé et l'absence de besoins nouveaux. La preuve de l'illégalité du mobile est induite, présumée, à partir de la preuve directe du fait postérieur. C'est par le détour d'une présomption, d'une probabilité, que le juge est convaincu du détournement de pouvoir.

(84) C.E. 20 octobre 1960, Rioux, p. 558, concl. Chardeau ; C.E. 22 mars 1961, Sicur Enard, p. 202.

(85) C.E. 8 juillet 1955, Caisse de compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique, p. 398 : « ... considérant... qu'il ressort des termes mêmes de la décision du 20 juin 1950 attaquée... que ce refus (d'approbation du budget de la Caisse requérante) a été motivé uniquement par la volonté de... provoquer la mise en liquidation (de la Caisse) - qu'ainsi le Secrétaire d'Etat a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés » (annulation.)

(86) C.E. 20 octobre 1961, Consorts White, p. 1063, (détournement de pouvoir résultant de l'examen d'une délibération du conseil municipal).

(87) C.E. 24 janvier 1968, Commune de Bournand, p. 56. V. aussi J. Raux, « L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation », A.J.D.A. 1967, p. 197.

(88) Arrêt Castaing, précité, Rec. 1957, p. 78.

Il y a eu déplacement de l'objet de la preuve par la substitution à la preuve d'un mobile (quasiment impossible) de la preuve d'un fait objectif.

La difficulté de distinguer les moyens et l'objet de la preuve du détournement de pouvoir explique que l'on ait parfois confondu l'effet et la cause en attribuant à un élargissement des moyens ce qui dépend, en réalité, d'un déplacement de l'objet de la preuve du détournement de pouvoir.

Que ce déplacement entraîne, à son tour, plus de facilité dans l'administration de la preuve, c'est à dire dans le choix des moyens, qui sont libres, n'est pas contestable ; c'est même le but de l'opération. Mais il demeure que le véritable progrès de libéralisation amorcée dans la preuve du détournement de pouvoir ne peut s'analyser qu'à partir d'un déplacement de l'objet de la preuve. Et il n'y a que cette explication qui soit en accord avec la constatation que la notion de présomption tend à avoir droit de cité dans un domaine d'où elle était traditionnellement exclue (89).

2) *La prise en considération d'un fait négatif* peut également aboutir à déplacer l'objet de la preuve lorsqu'il peut être substitué à cette preuve difficile celle d'un fait positif contraire.

Le juge, lorsqu'il autorise le déplacement, peut, par ce biais d'une action sur l'objet de la preuve, peser sur la charge de la preuve et en répartir le fardeau entre les plaideurs. Mais l'existence d'un fait négatif n'est pas un critère automatique de déplacement de l'objet de la preuve. En règle générale, le juge admet ce déplacement, mais il y a à ce libéralisme des exceptions que l'on peut expliquer par la nature de certaines matières pour lesquelles le juge ne peut ignorer la sévérité du législateur. C'est, semble-t-il, le cas en matière d'internements administratifs (90).

Cette action sur l'objet de la preuve n'entraîne pas automatiquement une transfert de la charge de la preuve : nous avons déjà constaté qu'elle pouvait aboutir seulement à autoriser la substitution de la preuve d'un fait positif à celle d'un fait négatif (v. supra p. 53 et s.). Nous essaierons d'expliquer, en étudiant la répartition de la charge de la preuve (Deuxième Partie) pourquoi le juge accepte, dans certains cas, et refuse dans les autres, de déplacer l'objet de la preuve et de transférer la charge de la preuve.

3) *La rectification des moyens invoqués par le requérant.*

Le juge administratif ne craint pas, lorsque cela lui paraît nécessaire, de prendre certaines initiatives susceptibles d'avoir des répercussions sur la demande des parties. Celle-ci repose sur une

(89) Cf. Fournier et Braibant, Chr. « Le détournement de pouvoir », A.J.D.A. 1957, II, 89.

(90) C.E. Assemblée, 16 décembre 1955, Dame Bourokba, précité, p. 590.

cause qui en constitue le fondement juridique et qui est énoncée dans la requête introductive d'instance, éventuellement complétée par les conclusions. Elle doit, en principe, être respectée par le juge (91).

Les *moyens* tendent à démontrer le bien fondé de la demande, ils doivent, à leur tour, être distingués des arguments et des preuves. Si la jurisprudence admet, dans certains cas, qu'un argument précis et isolable puisse être considéré comme un moyen (92), une preuve n'accède par contre jamais au rang de moyen : elle est seulement ce qui permet de le faire triompher. Il naît de cette complémentarité entre les moyens et les preuves un lien qui explique qu'une modification des moyens se répercute sur la preuve et puisse être à l'origine d'un déplacement de l'objet de la preuve.

a — C'est dans cette perspective que l'on peut considérer la rectification, par le juge, des moyens invoqués par le requérant. Tout dépend, évidemment, de l'importance de cette rectification.

L'exemple de l'arrêt Roussel, souvent cité (93), dans lequel le juge annule totalement une décision, contestée en partie seulement, en constatant qu'il existait un certain nombre de moyens qu'aurait dû invoquer le requérant, est assez étonnant. Même si le Conseil d'Etat ne paraît pas mettre de preuves supplémentaires à la charge de l'abbé Roussel, les conclusions de M. Rivet montrent que le Conseil d'Etat n'est pas certain que la légalité, implicitement admise par le requérant, soit à l'abri de toute contestation. « et que c'est là une question que le Conseil d'Etat — bien qu'il n'y soit pas directement convié — ne pourra pas se dispenser d'examiner ».

Un arrêt plus récent fournit un exemple plus net.

La victime d'un dommage demande une indemnité en se fondant *exclusivement* sur la *faute* qu'avait commise une commune. Le Conseil d'Etat substitue à cette condition celle de la responsabilité sans faute, ce qui a pour effet d'alléger la preuve exigée du requérant. Celui-ci doit alors seulement établir la relation de cause à effet entre le préjudice subi et le fait dommageable (94).

(91) Nous reviendrons sur cette question importante, qui mérite plus de nuances selon les contentieux envisagés.

(92) Sur la distinction des moyens et des arguments v.: Concl. Jacomet, sous C.E. 3 novembre 1947, X Gaz. Pal. 1947, 2, 239 ; Odent, Cours I.E.P. de Contentieux Administratif, p. 628. Sur la notion « d'argument précis et isolable », v. Lasry et George, « La jurisprudence du C.E. en matière de profits illicites », J.C.P. 1950, I. 843.

(93) C.E. 29 novembre 1933, Abbé Roussel, D. 1934, 3.7, Concl. Rivet. V. A. Heurté, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », R.D.P. 1953, p. 626. V. aussi Auby et Drago, traité précité, T. II, N° 717.

(94) C.E. Section, 24 juin 1961, Sieur Chevalier, p. 431 et p. 1145, (sol. impl.). C'est là une attitude que l'on ne retrouve pas devant les juridictions civiles où les juges refusent toute substitution et statuent dans les limites des conclusions des parties, stricto sensu. En ce sens, v. Cour de Paris, 8^e Ch. 9 février 1968, J.C.P. 1968, II, 15653, note Prieur.

Parfois, il est vrai, à l'inverse, le Conseil d'Etat refuse la rectification, ce qui a pour effet de rejeter une requête qui aurait été accueillie si le moyen *fondé* avait été invoqué (95).

Ceci confirme que le juge n'accepte d'intervenir que s'il trouve déjà, dans la requête, un apport minimum du requérant.

A moins qu'il ne s'agisse de véritables moyens d'ordre public.

b — La présence d'un moyen d'ordre public soulevé d'office peut aboutir au déplacement et parfois à une modification de l'objet de la preuve.

Cette conséquence n'est pas toujours clairement établie, car la lecture des arrêts permet rarement de distinguer entre les moyens d'ordre public recevables et fondés. En d'autres termes, le fait, pour le juge, de soulever d'office tel moyen d'ordre public « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens » constitue déjà une sérieuse option sur son bien fondé et escamote la question de la preuve de ce moyen.

Nous avons cependant relevé certains arrêts dans lesquels le juge soulève *d'abord* un moyen d'ordre public et examine *ensuite* si ce moyen est fondé. c'est à dire prouvé, ce qui est généralement le cas (96).

En limitant son contrôle au moyen d'ordre public soulevé, le juge écarte tout un ensemble de preuves qui accompagnaient les moyens non examinés. Il fonde sa conviction sur des éléments de preuve qu'il introduit d'office dans le débat, et il peut ajouter à cette action sur l'objet de la preuve un transfert de sa charge. Ainsi, le moyen tiré de l'absence de notification d'une décision, bien que tardif, est soulevé d'office, mais il doit ensuite être combattu par l'administration : « il ressort des pièces du dossier que l'administration n'a justifié d'aucune notification » (97).

La présence d'un élément d'ordre public peut donc avoir des effets considérables sur l'ensemble du litige et constitue une sérieuse atteinte au principe de l'immutabilité de l'instance en modifiant, non seulement les preuves que les parties peuvent avoir à produire, mais aussi les éléments constitutifs du litige (98).

(95) C.E. Section, 23 mars 1962, Mast, p. 203, cité par M. Odent, op. cit. p. 796.

(96) C.E. Section, 1^{er} juin 1962, Union Générale des Syndicats des Mandataires des Halles Centrales et autres, p. 362. Le *moyen soulevé* consiste dans l'incompétence dont est entaché un décret « pris en Conseil d'Etat » lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux délibérations dudit Conseil ; la *preuve* vient ensuite : « il résulte des pièces du dossier que les dispositions du décret attaquées ne sont pas celles du projet qui avait été soumis au Conseil d'Etat ». V. aussi C.E. 19 mai 1961, Sieur Gianotti, p. 346 ; de même C.E. 12 juillet 1955, Grunberg, p. 407 avec les conclusions de M. Guionin dont il est intéressant de constater qu'elles comportent une appréciation différente de celle du Conseil d'Etat sur le point de savoir si le moyen soulevé d'office était ou non fondé. (Y avait-il un manquement à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs susceptible de faire échec à l'application d'une amnistie examinée d'office par le juge ?).

(97) C.E. 29 janvier 1964, Mézergue, p. 63.

(98) V. l'article de M. Heurté, précité, R.D.P. 1953, p. 615 et s.

Il faudrait, enfin, rapprocher de ces différentes hypothèses la substitution de motifs à laquelle procède parfois le juge. Cette technique du contrôle des motifs, qui se développe considérablement, remédie cette fois à l'erreur de l'administration qui invoque, au soutien de sa décision, un motif juridique dont l'illégalité a été prouvée, alors qu'elle aurait pu légalement fonder cette décision sur un autre motif, correct cette fois-ci. Lorsque le juge substitue le motif légal au motif illégal, ce qui est fréquent en cas de compétence liée, il vient en aide à l'administration. Mais alors que la rectification des moyens du requérant entraînait une action sur l'objet de la preuve, la substitution de motifs en modifie seulement le résultat sans en changer le contenu. L'offre de preuve n'est ni allégée, ni déplacée, ni modifiée : son résultat n'est pas pris en considération.

SECTION III. — LES LIMITES DE L'OFFICE DU JUGE A L'EGARD DE L'OFFRE DE PREUVE.

Il en existe deux : l'obligation de respecter le caractère contradictoire de la procédure ; la nécessité d'observer le principe de l'immutabilité de l'instance.

La première de ces limites, nous le savons, est absolue et ne souffre aucune exception, car elle met en cause l'exercice même de la fonction juridictionnelle : le juge, civil ou administratif, doit respecter le principe du contradictoire. Nous avons déjà rencontré cette exigence élémentaire de bonne justice (v. supra pp. 31 et s.). Il n'est donc pas nécessaire de développer ici encore cette question.

Par contre, la seconde limite annoncée se laisse moins aisément circonscrire : le juge est-il limité par les limites assignées par les parties au procès dans la demande qu'elles lui adressent ?

Essayer de répondre à cette question, c'est reconnaître déjà qu'il faut dépasser le strict examen du contrôle de l'offre de preuve, c'est quitter, peut-être définitivement, une certaine conception non-interventionniste de la fonction juridictionnelle, c'est reconnaître enfin la possibilité, pour le juge administratif, de s'immiscer dans le rapport fondamental qui unit les parties à l'instance, au risque de le transformer.

C'est là une question très controversée et lourde de conséquences. Nous la formulerons ainsi : *le juge peut-il, au delà de l'examen de la recevabilité de l'offre de preuve et de l'autorisation éventuelle d'un déplacement de l'objet de la preuve, modifier le contenu de la preuve en introduisant, de son propre chef, des éléments de preuve qui n'auraient pas été invoqués par les parties ?* Ne risque-t-il pas alors de modifier aussi les moyens des parties et, en définitive, l'étendue de la demande en justice, modification contraire au principe de l'immutabilité de l'instance ?

Le juge administratif est-il tenu de respecter la cause de la demande en justice telle qu'elle a été formulée par les plaideurs ?

Un tel examen suppose, à la vérité, que soient distinguées deux questions.

La première est d'ordre général, mais constitue un préalable indispensable. L'immutabilité de la demande en justice, le principe selon lequel le juge ne saurait modifier la cause choisie par les plaideurs comme fondement juridique à leur demande, trouve-t-il une entière application dans le contentieux administratif ? N'y a-t-il pas lieu, en particulier, de distinguer entre les recours en annulation et les recours de pleine juridiction ?

Ensuite, si cette transposition existe, si le principe de l'immutabilité du litige s'impose également au juge administratif, il faudra déterminer dans quelle mesure une action d'office du juge sur l'objet de la preuve risquerait de porter atteinte à ce principe.

§ I — *Etendue de la transposition dans le contentieux administratif du principe de l'immutabilité de l'instance.*

A) *Présentation du principe en droit civil* (99).

1) *La procédure civile classique* est caractérisée par la maîtrise que les parties exercent sur le déroulement de l'instance.

La notion de principe dispositif implique que les plaideurs sont maîtres de leurs droits et du fondement sur lequel ils appuient leurs prétentions et demandent, en conséquence, au juge de se prononcer. Le litige est la « chose des parties » et le juge n'examine que les éléments de fait choisis et les preuves administrées par les plaideurs (100). A cette première maîtrise, purement matérielle des parties sur le procès civil, s'en ajoute une seconde qui est d'ordre procédural. Sous réserve de l'emploi abusif de procédures purement dilatoires, les personnes en litige peuvent conduire leur procès comme elles l'entendent, toutes les fois que l'ordre public n'est pas en jeu.

Ce principe, selon lequel les parties sont « maîtresses du litige », préside encore assez largement en droit civil à la répartition des tâches entre juge et parties, et cela, notamment (mais non pas exclusivement), en matière de preuve.

Ainsi s'explique la traditionnelle neutralité du juge civil.

2) *L'institution du juge chargé de suivre la procédure*, celle, surtout, du juge des mises en état des causes qui lui succède (101)

(99) Azard, L'immutabilité de la demande en droit judiciaire Français, Paris, 1936.

(100) Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », in mélanges Maury, T. I, p. 337 ; Normand, Le juge et le litige, 1965, p. 134 et s.

(101) V. sur cette réforme : J.D. Bredin, Commentaire du décret du 13 octobre 1965, D.S. 1965, p. 195 ; H. Motulsky, La réforme du Code de Procédure Civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, J.C.P. 1966, I. 1966 ; Mlle Y. Lobin, Quelques réflexions sur le décret du 13 octobre 1965 relatif à la mise en état des causes, D.S. 1966, chr. 15. V. Décret du 7 décembre 1967, N° 67.1072, et l'analyse des modifications qu'il apporte à la procédure de 1965, au J.C.P. 1968, I.2150, par MM. Cornu et Motulsky.

modifient assez profondément les principes de direction du procès civil en conférant au juge civil des pouvoirs d'intervention plus marqués à l'égard des parties. Il n'en demeure pas moins certain que le juge civil doit toujours respecter le principe dispositif (102).

Ce principe ne doit pas être entendu d'une manière trop étroite. Il n'implique pas une passivité du juge qui serait, à bien des égards, néfaste. Il lui laisse, au contraire, le pouvoir d'apprécier la recevabilité d'une offre de preuve, l'opportunité d'une mesure d'instruction à laquelle il peut, au besoin, recourir d'office, notamment depuis le décret de 1965. Mais il lui interdit tout ce qui risquerait, même indirectement, de porter atteinte aux éléments de base du procès tels qu'ils ont été délimités par les parties, d'autant qu'une telle modification porterait le plus souvent atteinte au principe du contradictoire.

Existe-t-il, dans le contentieux administratif, un principe analogue permettant la transposition dans ce domaine de la règle de l'immutabilité de l'instance, qui limiterait l'action et le contrôle du juge administratif ?

Il faut, à cet égard, distinguer entre les recours de pleine juridiction et les recours en annulation.

B) *Transposition du principe dans le contentieux de pleine juridiction.*

La notion de cause n'est pas nouvelle dans le plein contentieux. On la rencontre le plus souvent à l'occasion de la jurisprudence qui, transposant implicitement l'article 1351 du Code Civil, interdit que soit à nouveau jugée une demande qui ne serait pas nouvelle.

Ainsi, le concessionnaire qui réclame une indemnité *d'abord* fondée sur l'inexécution d'un contrat, *ensuite* pour cause d'imprévision, ne change pas l'objet de la réclamation (une indemnité), mais en modifie la cause et produit une demande nouvelle qui, si elle intervient dans la *même* instance, sera, même en appel, irrecevable (103).

A l'inverse, une demande procédant d'une cause juridique nouvelle sera recevable dans une nouvelle instance. De même, un moyen nouveau n'est recevable que s'il ne repose pas sur une

(102) L'article 82 du décret du 13.10.65, considéré comme un des plus « audacieux » donne au juge rapporteur la possibilité d'inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait nécessaires à la solution du litige. Mais même cette disposition, à tendance inquisitoire, précise que cela ne saurait avoir pour effet de modifier l'objet ni la cause de la demande.

(103) Le premier arrêt traditionnellement cité est : C.E. 16 mai 1924, Jourda de Vaux, p. 483. Sur la même question v. aussi : C.E. 10 février 1950, Ville de Commercy, p. 96.

cause juridique distincte de celle qui constitue le fondement juridique de la demande au soutien de laquelle il est présenté (104).

Sous ces diverses formes, le principe d'après lequel les parties délimitent librement, dans certains délais, le terrain sur lequel elles entendent engager le combat, n'est pas étranger au contentieux de pleine juridiction. Comme dans le procès civil, la notion de cause y délimite l'office du juge en même temps qu'elle restreint la liberté des parties une fois choisi le terrain du débat.

Ce parallélisme relatif n'est pas nouveau.

Ce qui l'est, par contre, c'est l'extension de la notion de cause dans le contentieux de la légalité.

C) *Examen du principe dans le contentieux de l'annulation.*

Réalisée à partir de 1953 par la décision « Société Intercopie » (105), cette extension a permis de compléter et de systématiser une théorie de l'instance qui faisait jusqu'alors défaut, du moins en tant que théorie d'ensemble.

Comme pour le contentieux de pleine juridiction, le juge de la légalité fait appel à la notion de cause, qu'il s'agisse d'examiner la recevabilité de moyens nouveaux (106), celle d'une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée dans une instance antérieure (107) ou de faire respecter la règle du double degré de juridiction.

Cette généralisation de l'application systématique de la notion de cause correspond aux exigences d'un principe de procédure juridictionnelle et confirme, en outre, que le recours pour excès de pouvoir ouvre bien un litige entre parties (v. supra Chapitre Premier, Section I).

Doit-on, pour autant, en conclure que le principe de l'immuabilité de l'instance reçoit une entière application dans le contentieux de l'annulation ?

La mise en œuvre de ce principe suppose nécessairement que la notion de cause soit reconnue et systématisée par la jurisprudence administrative. A cet égard, depuis l'arrêt « Société Intercopie », c'est bien vers une véritable théorie de l'instance que s'est orientée cette jurisprudence.

Cette théorie se présente sous trois aspects qui, pour reprendre l'image proposée par le Commissaire du Gouvernement,

(104) C.E. 15 février 1967, Sieur Abello et autres, A.J.D.A. 1967, II, 359. V. aussi, J.-P. Gilli, « La cause juridique de la demande en justice », L.G.D.J. 1962, p. 171 et s. et M. Waline, note dans la R.D.P., 1959, p. 107 et s.

(105) C.E. Section, 20 février 1953, Société « Intercopie », p. 88, note Letourneur au Sirey 1953, III, 78. La notion de cause juridique a fait l'objet d'une étude d'ensemble par M. Gilli, « La cause juridique de la demande en justice », L.G.D.J. 1962.

(106) C.E. 23 mars 1956, Dame Vve Ginestet, concl. Kahn, A.J.D.A. 1956 p. 164 ; C.E. 14 février 1962, Sieur Mrazovich, A.J.D.A. 1962, p. 574.

(107) C.E. Section, 12 juillet 1955, Grunberg, p. 407, concl. Guionin.

M. Kahn (108), constituent les trois faces d'un même édifice, savoir : l'immutabilité de l'instance, l'autorité de la chose jugée, et la prohibition des demandes nouvelles en appel. L'unité de l'édifice doit correspondre à celle de la notion de cause dans la théorie de l'instance administrative.

Toutefois, M. Kahn reconnaît que les particularités du contentieux administratif donnent à ce principe d'immutabilité une originalité propre aux litiges administratifs. En effet : « alors que l'application du principe est liée, devant les tribunaux judiciaires, à l'accomplissement d'un acte de procédure *abandonné à l'initiative des parties*, elle est associée, devant le Conseil d'Etat, tantôt à l'existence d'un délai (fixé par le juge), tantôt... (à la règle de la décision préalable) ».

La transposition est moins absolue qu'il n'y paraît au premier abord. Poursuivant, le Commissaire du Gouvernement propose de distinguer les cas où le contentieux est lié par un acte du requérant et ceux où il est lié par une initiative de l'administration (sur cette distinction, v. *supra* p. 35). C'est dans le premier cas seulement que la notion de cause joue pleinement son rôle. Il correspond à l'ensemble du contentieux de pleine juridiction et à une partie seulement du contentieux de l'annulation. Le juge est alors « invité à statuer sur le bien fondé d'une demande tendant à la reconnaissance d'un droit ou à l'attribution d'un avantage ».

La situation n'est pas la même lorsque c'est l'administration qui, par les décisions qu'elle édicte d'office, ou à la demande d'un tiers (mesures de police, sanctions administratives et disciplinaires) est, par ses initiatives, à l'origine du litige. Le but du requérant est alors de « faire constater la nullité » de la décision administrative.

Dans ce cas, la notion de cause demeure très générale. Elle était implicitement assimilée, avant l'arrêt Intercopie, à celle d'illégalité. Elle s'est depuis lors, légèrement affinée en dissociant l'illégalité interne et l'illégalité externe. Cela signifie que, désormais, le requérant qui a invoqué au soutien de son pourvoi un moyen de légalité interne sera recevable à invoquer hors délais ou en appel un autre moyen de légalité interne, car il continuera, ce faisant, à utiliser le même mode de raisonnement (109).

Il faut bien reconnaître que cette acception jurisprudentielle de la cause dans le recours pour excès de pouvoir est moins rigoureuse, parce que beaucoup plus générale, que la définition civiliste transposée à part entière dans le plein contentieux. Ce libéralisme à l'égard des plaideurs (110) ne doit pas masquer la liberté d'action laissée également au juge.

(108) Arrêt Ginestet précité, A.J.D.A. 1956, p. 164.

(109) V. C.E. 6 avril 1961, Gaubert, R.D.P. 1961, p. 868, n° 1 ; C.E. 14 février 1962, Mrazovich, déjà cité ; C.E. 13 juillet 1965, Gauthier, A.J.D.A. 1965, II, p. 473.

(110) Cf. Odent, cours précité, p. 728.

§ II — *La modification de l'objet de la preuve porte-t-elle atteinte au principe de l'immutabilité de l'instance ?*

A) *Position du problème.*

L'opinion de Martin résume la réponse de la majorité de la doctrine et permet de circonscrire le débat (111) : « Si l'on permettait au juge d'introduire dans le débat des éléments de preuve qui y étaient jusque là demeurés étrangers, il pourrait arriver, puisque ces éléments de preuve seraient par là même devenus communs aux parties, que la prétention de celle des parties à laquelle ces éléments de preuve nouveaux seraient opposés en fût par elle-même modifiée et transformée au détriment de l'autre : l'étendue et l'objet du débat se trouveraient changés en conséquence de l'intervention personnelle du juge : et rien ne serait plus contraire à la nature de sa mission ».

Si la neutralité de l'office du juge civil peut s'accorder avec une telle opinion, à l'inverse, l'existence d'un pouvoir inquisitoire du juge administratif ne risque-t-elle pas de porter atteinte à l'étendue du litige dont nous venons de voir qu'elle est, malgré tout, déterminée par la demande des parties ? Et le juge ne risque-t-il pas, en définitive, de statuer *ultra petita* ?

Nous ne le pensons pas. Deux considérations nous paraissent de nature à éviter cet écueil.

B) *La distinction des deux éléments de l'instance.*

Pour M. Debbasch (112), l'existence d'un pouvoir inquisitoire que le juge administratif utilise pour rechercher des éléments de preuve, éventuellement en dehors du cadre de l'instance tel qu'il a été fixé par les parties, ne porte aucune atteinte à ce cadre et, par là, au principe de l'immutabilité du litige. Il faut, en effet, selon M. Debbasch, distinguer dans l'instance deux éléments « qui mêlent nécessairement les pouvoirs du juge et ceux des parties ». Le pouvoir inquisitoire du juge administratif n'atteint pas la fixation du cadre de l'instance car il s'exerce sur un autre plan. En effet, « l'interdiction faite au juge de *statuer* au delà de la demande des parties ne signifie pas qu'il ne puisse *instruire* au delà de cette demande ».

Dès lors, cette distinction étant marquée, il devient possible au juge de rechercher tous les éléments de preuve ou de procéder à toutes les investigations qu'il estime nécessaires à la solution du litige : le dispositif du jugement devra toujours, sous peine d'*ultra petita*, être en accord avec la cause de la demande en justice.

Cette distinction, ingénieuse, nous paraît en effet correspondre

(111) Aubry et Rau par Martin, précité, § 749.

(112) Debbasch, Thèse précitée, p. 367 et s.

à un certain état de la jurisprudence. En voici une illustration (113).

Un fonctionnaire qui a obtenu l'annulation de la révocation dont il avait été l'objet au titre de mesure d'épuration réclame ensuite à l'administration une indemnité. Devant le Tribunal Administratif, le ministre obtient une réduction de l'indemnité sollicitée en demandant qu'il soit tenu compte de certaines circonstances mais « sans rappeler les faits précis relatifs à l'attitude du requérant pendant l'occupation ». Le requérant fait alors appel en prétendant que le tribunal a « statué en dehors des conclusions des parties » en retenant un moyen de défense qui n'avait pas été complètement explicité par le ministre.

Cela revient à dire qu'il est fait grief au premier juge de s'être fondé sur des éléments extérieurs, pour partie, au cadre de l'instance, et d'avoir par là outrepassé les limites de sa compétence.

Or cette argumentation n'est pas retenue par le Conseil d'Etat et M. Drago, qui commente la décision de rejet, conclut à un « pouvoir discrétionnaire du juge administratif dans le choix des preuves, même en dehors du litige tel que l'ont défini les parties elles-mêmes ».

Que représente pourtant cette attitude sinon que le juge souligne implicitement la distinction présentée plus haut entre le fait d'instruire et celui de statuer ?

Toutefois, ce premier correctif ne suffit pas à rendre compte de la jurisprudence qui permet au juge de rectifier les moyens articulés par le requérant et d'agir, ce faisant, non seulement sur les motifs, mais aussi sur le dispositif de la décision que les parties lui demandent de rendre.

C) *La généralité de la cause du recours en annulation* permet ces substitutions.

Une définition trop large de la cause impliquerait que toute la question de la légalité d'un acte soit examinée, quels que soient les moyens et les preuves soulevés par le requérant. Une définition très spéciale de la cause dans le recours pour excès de pouvoir aboutirait, à l'inverse, à une transposition intégrale et rigoureuse du principe dispositif et de l'immutabilité de l'instance. La jurisprudence actuelle se situe, depuis la décision Intercopie, entre ces deux extrêmes. Il en résulte une définition encore très générale de la cause, marquée par la dualité de la légalité externe et de la légalité interne.

Cette définition est peut-être transitoire (114) ; elle explique en tous cas que le juge de la légalité puisse agir sur les moyens

(113) C.E. 17 mars 1965, *Sieur S.*, A.J.D.A. 1965, II, p. 300, note Drago.

(114) Cf. M. Gilli, Thèse, p. 231.

et les preuves articulés par les plaideurs sans modifier la cause du litige, dès lors qu'est respectée la démarcation des illégalités externes et internes (115).

Ainsi Martin avait, à notre avis, à la fois tort et raison. Tort, nous semble-t-il, de penser qu'une modification de preuve entraînerait ipso facto une transformation de l'étendue de la demande. Mais il avait raison de souligner qu'il serait contraire à la mission du juge de modifier l'étendue du litige.

Le juge administratif, et spécialement celui de la légalité, ne manque pas à sa mission : il est astreint au respect des mêmes principes que le juge civil. Mais le contenu des notions sur lesquelles repose la mise en œuvre de ces principes n'a pas la même précision.

CONCLUSION du CHAPITRE SECOND et de la PREMIERE PARTIE.

Nous sommes maintenant en mesure de préciser, d'une part ce qui caractérise l'offre de preuve en droit administratif, et d'autre part la nature de la relation qui s'établit entre cette offre de preuve et l'action du juge.

Par *son contenu*, l'offre de preuve présente deux visages. Le premier, qui est le plus classique, apparaît dans la preuve de l'existence ou de l'inexistence d'un fait ou d'une situation, dont il suffit d'établir ou de contester la matérialité. Le second consiste à qualifier ce fait ou cette situation au regard de la règle de droit. Il faut alors convaincre le juge du caractère suffisant ou insuffisant de la première démonstration pour justifier l'application de la règle de droit.

Cette dissociation devient intéressante lorsqu'elle se double de la distinction des faits et du droit, le second aspect de la démonstration pouvant consister à établir ou à contester l'existence, la portée, ou la validité de la règle juridique.

Par *sa précision*, l'offre de preuve peut être appréhendée à plusieurs degrés.

L'allégation tend à être dissociée de la preuve et à jouer un rôle autonome. Lorsqu'elle est « précise, sérieuse », lorsqu'elle « concorde » avec l'ensemble des pièces du dossier, ou les circonstances de l'espèce, elle apparaît comme un élément de vraisemblance suffisant.

Enfin la *preuve* proprement dite peut être exigée.

La relation qui s'établit entre cette offre de preuve et l'office du juge est fondamentale. Elle existe dans les deux sens. Nous connaissons dès à présent les limites de l'action du juge sur l'offre de preuve.

(115) C.E. Section, 26 juin 1959, Syndicat Algérien de l'Education Surveillée, p. 399, concl. Fournier.

C'est, d'une part, le respect absolu du principe du contradictoire. Il interdit au juge de fonder sa décision sur des preuves ou à partir de procédures qui n'auraient pas été contradictoirement discutées, ou dont il aurait eu personnellement connaissance.

D'autre part, le cadre de l'instance, tel que l'ont défini les parties, doit également être respecté. Mais, dans le contentieux de l'annulation, la généralité de ce cadre laisse plus d'aisance à l'action du juge. Elle explique la valeur seulement relative de cette limite.

Réciproquement, ici, la nature de l'objet de la preuve détermine aussi l'office du juge. Nous avons, jusqu'à présent, raisonné sur des catégories abstraites ; il convient de voir maintenant comment elles sont utilisées par le juge dans la recherche des preuves.

Il n'y a qu'un pas du contrôle à la recherche des preuves, et, pour sa part, le juge administratif n'hésite pas à le franchir lorsque cela lui semble nécessaire.

DEUXIEME PARTIE

LE JUGE ET LA RECHERCHE DES PREUVES

Notre première partie était orientée vers l'aspect le plus classique de l'office du juge, celui du contrôle de l'activité des parties en matière de preuve. Nous avons vu que, sans pour autant être passif, le rôle du juge était finalement second par rapport à celui des parties. Il consistait, en effet, à s'assurer que les preuves recherchées par les plaideurs étaient recevables ou utiles au procès. Les appréciations que le juge était amené à porter sur ces différentes questions pouvaient varier d'un litige à l'autre, d'un contentieux à un autre, et, a fortiori, d'un ordre de juridiction à un autre. Ce faisant, si nous avons observé des différences dans l'étendue du contrôle qu'exercent respectivement le juge administratif et le juge civil, ces différences, pour significatives qu'elles soient, ne permettent pas d'écarter les ressemblances dont nous avons fait état. Ces dernières provenaient, soit d'une transposition, devant les juridictions administratives, de certaines règles de procédure civile, soit, plus récemment, d'une évolution des règles de procédure appliquées par les juridictions civiles.

En étudiant maintenant comment, au-delà d'un simple contrôle des preuves, le juge administratif est conduit à participer lui-même, activement, à la *recherche* des preuves, nous nous écartons totalement des procédures mises en œuvre devant les juridictions civiles, et de l'esprit qui préside à ces procédures. A certains égards, l'exercice inquisitoire de l'office du juge administratif s'apparente alors à celui d'un magistrat instructeur chargé de rechercher la vérité dans une instance pénale.

Or, cette démarche originale du juge administratif, pour nécessaire qu'elle puisse apparaître, ne manque pas d'étonner. On évoque souvent ce « pouvoir inquisitoire » pour expliquer l'attitude d'un Tribunal Administratif ou du Conseil d'Etat lorsqu'il ne se contente pas d'arbitrer les échanges des parties mais intervient d'une manière décisive dans la recherche de la vérité, géné-

ralement au détriment de l'administration défenderesse. On remarque par contre moins souvent les procès dans lesquels le juge s'est abstenu de toute intervention. Quelle est la raison de ces deux attitudes ? Il y a incontestablement, au départ, une décision que le juge accepte ou refuse de prendre et qui commande sa ligne d'action. Il résulte de cette intervention, ou de cette absence d'intervention, des conséquences qui sont absolument fondamentales, notamment pour ce qui a trait à la charge de la preuve, c'est à dire pour l'issue du litige.

Quand, comment, pourquoi, le juge accepte-t-il d'intervenir dans la recherche des preuves ?

Quels sont ensuite les effets de cette éventuelle intervention du juge administratif ?

Telles sont les questions que nous nous proposons maintenant d'examiner.

Chapitre I : La décision du juge de participer à la recherche preuves.

Chapitre II : Les effets de l'intervention du juge.

CHAPITRE PREMIER

LA DECISION DU JUGE DE PARTICIPER A LA RECHERCHE DES PREUVES

L'annonce d'un procès opposant un administré à la puissance publique fait un peu penser au combat que David devait livrer à Goliath. L'inégalité d'un tel combat explique bien des aspects de la procédure administrative contentieuse. C'est dans le but de remédier aux difficultés de preuve nées de ce déséquilibre de l'instance que le juge accepte parfois de participer à la recherche de la vérité. Ce faisant il détermine son attitude tout à la fois en fonction de l'apport des parties, c'est à dire de la qualité de leur offre initiale de preuve, d'une part, et des difficultés qu'elles rencontrent pour parvenir à cette démonstration, de l'autre. Cette inégalité est à sens unique : l'administration est, sauf rares exceptions, la partie favorisée. L'action du juge tendra donc, elle aussi, à être unilatérale et à venir principalement en aide au particulier.

L'inégalité des parties et la difficulté de recherche des preuves qui en résulte constituent les fondements de l'intervention du juge dans la recherche des preuves. C'est donc par l'examen de ces fondements que l'on pourra savoir si le juge a les mêmes raisons d'intervenir dans tous les contentieux. Il existe une différence essentielle entre le recours pour excès de pouvoir et les recours de pleine juridiction : le déséquilibre fondamental des parties n'affecte véritablement que le premier d'entre eux (Section I).

La référence à l'inégalité des parties pour expliquer l'attitude du juge n'est cependant pas suffisante. Envisagée isolément, l'inégalité du requérant et de l'administration ne permet pas de comprendre pourquoi le juge décide, dans certains litiges, de participer à la recherche des preuves, et refuse de le faire dans d'autres, malgré une inégalité et des difficultés de preuves comparables.

L'étude de la jurisprudence deviendrait rapidement incohé-

rente et la tendance à invoquer l'empirisme le plus total, très forte, si, au-delà de la référence à l'inégalité, l'explication ne laissait place à des facteurs que l'on rencontre dans certains litiges seulement. Les magistrats eux-mêmes reconnaissent que la jurisprudence ne saurait toujours faire l'objet d'une présentation systématique. Nous ne pensons pas les contredire en disant cependant que l'attitude du juge paraît tenir compte d'éléments assez précis. C'est ainsi que la nature de l'acte attaqué et, par voie de conséquence, la qualité du pouvoir exercé par l'administration, ne sont pas indifférentes au juge. Nous pensons qu'il existe un lien fondamental entre l'étendue du contrôle juridictionnel qui en découle et la décision du juge de participer, ou non, à la recherche des preuves. Il y a là un élément d'analyse dont il faut tenir compte pour comprendre dans quelles conditions le juge pourra éventuellement remédier au déséquilibre de l'instance.

Il convient également de rechercher quelle est celle des parties qui a pris l'initiative réelle, ante-judiciaire, du litige, quelle que soit, par ailleurs, sa position à l'instance. En ce sens, il est important de savoir de qui émane la prétention initiale d'où est ensuite né le litige. Sans doute, généralement, le particulier est demandeur en raison de la règle de la décision préalable ; mais, si l'on va au fond des choses, les situations ne sont pas toujours identiques. L'attitude du juge ne sera pas la même si le particulier requérant demande un avantage à l'administration ou s'il se voit imposer par elle une obligation ou une sanction dont il conteste la régularité.

La qualité du pouvoir exercé par l'administration et l'origine exacte de la prétention qui a entraîné le litige sont deux facteurs permettant de comprendre comment sera apprécié l'effort initial des parties en matière de preuve. C'est cet effort qui déterminera, en effet, le juge à participer à leur recherche.

Seule cette appréciation préalable des caractères du litige est de nature à expliquer pourquoi, dans une situation inégalitaire inchangée, le juge refuse, ou bien accepte, de participer à la recherche des preuves. Dans ce dernier cas, il intervient, tantôt à partir d'un commencement de preuve, tantôt à partir d'une allégation précise sans qu'aucune preuve soit administrée. Ses exigences peuvent alors être atténuées, ou au contraire renforcées, selon que le requérant est, ou non, à l'origine de la prétention initiale d'où est né le litige, et selon qu'il se heurte, ou non, à un pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Notre seconde section sera donc consacrée à la présentation de ces facteurs de variation de la décision du juge d'intervenir dans la recherche des preuves.

Enfin, il faudra préciser quelles sont les limites auxquelles cette participation éventuelle du juge à la recherche des preuves peut se heurter. Ce sera l'objet de la troisième section.

Section I — Le fondement général de l'intervention du juge : l'inégalité des parties.

Section II — Les facteurs de variation de l'intervention du juge dans la recherche des preuves.

Section III — Les limites de l'intervention du juge dans la recherche des preuves.

SECTION I. — LE FONDEMENT GENERAL DE L'INTERVENTION DU JUGE : L'INEGALITE DES PARTIES.

Considéré d'un point de vue global, nécessairement schématique, et par là même insuffisant, le fondement de l'intervention du juge dans la recherche de la vérité demeure le même d'un procès à l'autre. Il s'agit toujours (du moins, on le verra, dans le recours pour excès de pouvoir) de remédier au « déséquilibre de l'instance » né de l'inégalité des parties.

L'inégalité des parties constitue le fondement principal de l'intervention inquisitoire du juge administratif. Bien que n'étant pas nouvelle (1), cette proposition mérite quelques précisions. Les modalités d'intervention du juge dans le domaine des preuves diffèrent selon les contentieux. Dans le contentieux de pleine juridiction l'action du juge est rarement directe ; elle consiste essentiellement dans un aménagement des règles de fond du droit applicable à un litige donné et favorisant une des deux parties. On constate, au contraire, que le juge de l'excès de pouvoir a tendance à intervenir directement dans la recherche des preuves, par un allègement ou par un transfert du fardeau des preuves.

Ces différences s'expliquent : seul le recours pour excès de pouvoir est véritablement marqué par l'inégalité des parties (§ I).

Il en résulte de nombreuses difficultés de preuve qui incitent le juge à aider la partie la plus défavorisée : le particulier requérant (§ II).

§ I — *Les modalités d'intervention du juge dans le domaine des preuves diffèrent selon les contentieux.*

A) Différences entre les recours.

Le recours pour excès de pouvoir constitue l'hypothèse contentieuse privilégiée de l'intervention inquisitoriale du juge administratif. On constate, par contre, que ce qui détermine le juge dans le plein contentieux à intervenir dans le domaine des preuves, ce n'est pas une inégalité des parties, mais parfois

(1) V. notamment M. Pactet, thèse précitée, p. 62 et s. et M. Debbasch, thèse précitée, p. 380.

l'impossibilité objective de produire une preuve. Certaines situations supposent que soient réunies des preuves qu'il est matériellement impossible, ou très difficile, de se procurer, aussi bien pour l'administration que pour le particulier. Cette constatation peut entraîner une intervention du juge ; elle se traduit alors, le plus souvent, par l'existence d'une présomption modifiant le fond même du droit.

Voici quelques exemples choisis dans plusieurs catégories de litiges permettant de mettre en valeur le procédé utilisé.

1) *En matière de responsabilité pour faute*, le succès d'une action en justice dépend d'une triple preuve : la faute, le dommage et la relation de cause à effet entre l'une et l'autre doivent être établis.

L'intervention du juge consistera, non pas dans la recherche directe de l'une de ces preuves, comme dans le recours pour excès de pouvoir, mais dans un aménagement de fond portant sur l'une ou l'autre des trois exigences : faute, dommage, causalité.

Depuis quatre ou cinq années se dessine une jurisprudence libérale qui, dans certains domaines, tend à admettre la causalité alors même qu'elle n'est pas véritablement établie ; il suffit que sa preuve apparaisse quasiment impossible.

L'arrêt *Epoux Hébert* (2) s'inscrit parfaitement dans cette jurisprudence libérale.

Le juge était saisi d'une demande tendant à faire déclarer la ville de Nantes responsable de l'accident mortel survenu à un jeune garçon de 14 ans, dans une piscine de la ville.

Le dommage étant malheureusement certain et bien établi, l'issue du litige dépendait de la preuve des deux autres éléments de la responsabilité. Or deux fautes avaient été établies : le mauvais entretien de la piscine rendait l'eau trouble et, d'autre part, les maîtres-baigneurs chargés de veiller à la sécurité étaient occupés à donner des leçons particulières et n'exerçaient aucune surveillance. Il était, par contre, difficile d'établir avec certitude que le décès était imputable à l'une ou l'autre de ces fautes. Aussi le Tribunal Administratif, d'abord saisi de la requête, l'avait rejetée, estimant que le lien de causalité entre les fautes et le décès n'avait pas été établi.

Le Conseil d'Etat admet, au contraire, cette causalité, et c'est là son libéralisme. Le Conseil d'Etat retient, en effet, un lien de causalité entre le décès et, d'une part, le mauvais entretien de la piscine, d'autre part, le défaut de surveillance des maîtres-nageurs. Cette causalité est jugée déterminante par le juge alors qu'il pouvait ne pas être évident que le décès résultait de l'une de ces deux fautes ; la mort de l'enfant pouvait en être totalement indépendante. Mais le Conseil d'Etat estime qu'il y a là un

(2) C.E. Section, 14 juin 1963, *Epoux Hébert* p. 364, concl. Méric.

lien de causalité déterminant. Il le fait, non point en considération de preuves ou d'arguments nouveaux dont les premiers juges n'auraient pas eu connaissance, mais parce qu'il a estimé que les fautes retenues étaient de nature à engager la responsabilité de la ville « dans les circonstances de l'espèce », c'est à dire, essentiellement, eu égard à l'âge de la victime. Il est probable que cette présomption de fait n'aurait pas joué si la victime, par exemple, avait été âgée et avait atteint l'âge de l'infarctus.

Dans l'arrêt Epoux Hébert, le décès et les fautes sont établis ; la causalité est seulement présumée par le juge qui tient compte, pour cela, des « circonstances de l'espèce ».

2) L'action du juge peut également consister à aménager, voire à transformer les *conditions de la responsabilité*. Cela peut aboutir, soit à laisser une plus large place à la présomption de faute, soit à une substitution ouverte d'un système fondé sur le risque, dispensant la victime de faire la preuve du caractère fautif du comportement dommageable.

a — En matière de responsabilité hospitalière, le Conseil d'Etat a adouci sa jurisprudence à l'égard de la victime (la durcissant par contre à l'égard des praticiens) en n'exigeant plus, sauf exception, de faute « lourde » et en admettant même une présomption, soit de faute, soit de causalité. La responsabilité de l'hôpital doit ainsi être engagée, dès lors qu'est seulement établie l'entrée à l'hôpital pour une affection bénigne et la sortie avec une grave maladie, par exemple la variole (3).

Cette jurisprudence aboutit insensiblement à l'application d'une théorie du risque déguisée, par exemple à propos des accidents survenus au cours de vaccinations obligatoires dans des centres publics. En cas de décès, le juge admet que ce décès « doit être regardé comme une conséquence directe et certaine de cette vaccination et révèle, d'autre part, un fonctionnement defectueux du service public des vaccinations... » (4). Nous sommes bien à la limite du risque.

b — Dans le même ordre d'idées, il a déjà été remarqué (v. supra p. 82) que, depuis une trentaine d'années environ, le Conseil d'Etat laisse seulement à la victime d'un dommage de travaux publics le soin d'établir, avec le dommage, son imputabilité à l'activité du service. Ce n'est que dans le cas où la victime est usager que l'administration a alors la possibilité de dégager sa responsabilité ainsi présumée en prouvant, en défense, l'entretien normal. Cette faculté ne lui est, par contre, pas offerte lorsque la victime est tiers à l'ouvrage public incriminé (5).

(3) C.E. 18 novembre 1960, Savelli, p. 640.

(4) C.E. 13 juillet 1966, Min. de la Santé Publique et de la Population c/époux Etienne, R.D.P. 1966, p. 1188.

(5) V. par exemple : C.E. 8 février 1967, Ville de Marseille c/Rivaux, p. 61.

On ne saurait, en définitive, prétendre que le juge de plein contentieux n'essaie pas de remédier à certaines difficultés de preuve rencontrées par les parties. Mais il le fait indirectement, par le biais d'une action sur le fond du droit, en instituant une présomption jurisprudentielle de faute ou de causalité, dont il se réserve la possibilité d'apprécier la portée en fonction des circonstances de chaque affaire. Ce faisant, une jurisprudence relativement stable s'élabore, qui profite selon les cas à l'administration ou à l'administré.

3) Au contraire, le juge de l'excès de pouvoir a tendance à agir *directement* sur la difficulté de preuve rencontrée par le requérant.

Maître de l'instruction, il peut, dans ce but, exiger des parties la production de toutes les pièces utiles à la formation de sa conviction. Ce pouvoir est particulièrement utile lorsque l'administration ne produit pas les motifs de sa décision ou se borne à des allégations vagues et imprécises.

Plus que tout autre, le recours pour excès de pouvoir demeure constamment marqué par l'inégalité des parties et il est normal que l'investigation du juge y soit plus accentuée que dans aucun autre recours où elle apparaît moins nécessaire. Cela ne veut pas dire que le juge administratif demeure passif et s'abstienne de toute intervention lorsqu'il est saisi d'un autre recours. Bien au contraire, d'un certain point de vue, la diversité des situations de fait dans le contentieux des contrats ou de la responsabilité offre des problèmes de preuve d'un grand intérêt. Il est même possible de voir le juge intervenir mais ce n'est plus pour les mêmes raisons.

B) *Explication des différences.*

Sous des apparences comparables, la situation juridique du requérant n'est pas absolument la même du point de vue de la preuve.

1) *Dans le recours pour excès de pouvoir*, les relations qui s'établissent à l'instance entre l'administré et l'administration sont caractérisées par l'absence de relations antérieures préexistantes au litige.

Il faut, bien sûr, qu'il existe un minimum de rapports entre le requérant et l'acte attaqué, qui conditionnent la recevabilité du recours quant à l'intérêt du requérant. C'est de ce point de vue qu'est le plus souvent analysée la nature de ce rapport. Or, cette optique, si elle peut se révéler utile pour délimiter les contours du différend, doit néanmoins être transformée pour expliquer comment, dans une instance en excès de pouvoir, le demandeur est, dans la majorité des cas, un « tiers à l'acte » sur le plan de la preuve.

a — Cela est évident lorsque c'est l'administration qui, soit de son propre chef, soit à la demande d'un tiers, prend l'initiative ante-judiciaire du litige, par une décision qui impose des obligations nouvelles à l'administré. Dans ce cas, et sauf s'il s'agit d'une sanction disciplinaire pour laquelle la communication du dossier entraîne une relation pré-juridictionnelle des futures parties, l'administré-requérant n'a noué aucun lien avec la puissance publique avant de l'affronter devant le juge.

Sur le plan de la preuve, cela signifie que l'administré doit établir plus ou moins complètement l'irrégularité d'un acte à l'élaboration duquel il n'a absolument pas participé. Comparée aux possibilités de préconstitution de preuve des parties à un contrat, ou à l'égalité des victimes d'un accident, cette situation se caractérise bien, dès le départ, par une inégalité singulière.

b — Lorsque le particulier défère à la censure du juge l'acte par lequel l'administration refuse de faire droit à la *demande* qu'il lui adresse, la situation, bien qu'objectivement liée à une demande d'annulation d'un acte administratif, paraît plus proche des hypothèses de plein contentieux. Malgré tout, la demande gracieuse adressée à l'autorité administrative ne réalise que très imparfaitement cette relation antérieure indispensable à la préconstitution de preuves efficaces.

La situation du requérant n'est véritablement solide que dans la mesure où il peut se prévaloir d'un droit qui n'est autre, en réalité, que le résultat personnalisé d'une relation générale antérieure au litige, dans laquelle il occupait, peut-être implicitement, une position créditrice.

2) *L'ensemble du plein contentieux* est, au contraire, caractérisé par des procès nés des difficultés qu'engendrent les relations établies entre l'administré responsable, débiteur, victime, etc... et l'administration. Le procès est un prolongement contentieux de ces relations et il n'y a pas de raison spéciale pour que le particulier ait plus de difficultés à réunir des preuves que n'en a, de son côté, l'administration.

Certes, la règle de la décision préalable implique qu'il soit demandeur. Mais ici ne s'ajoute pas la détention, par l'administration, de la plupart des moyens de preuve.

§ II — *Appréciations des difficultés de preuve résultant de l'inégalité des parties.*

La liaison de l'instance offre le premier exemple d'inégalité par la transposition sur le plan contentieux de privilèges administratifs conçus essentiellement pour garantir le bon fonctionnement des services publics. Ce déséquilibre initial qui oblige l'administré à saisir le juge est aggravé ensuite car c'est l'administration qui détient, en fait, la plupart des moyens de preuve.

A) *Positions respectives de l'administré et de l'administration à l'instance.*

1) *En premier ressort*, on sait que l'administration est généralement défenderesse, l'administré occupant la position inconfortable de demandeur à l'instance. M. Pactet (6) explique que cette situation découle, à la fois, du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, explication dite externe, et du privilège d'action d'office de l'administration, explication interne. L'analyse déduite du privilège d'action d'office rend clairement compte, en effet, du mécanisme juridique de formation de l'instance. Elle explique que la puissance publique, dans un souci de bonne administration de ses services, puisse utiliser son pouvoir et poursuivre l'exécution de ses décisions sans autorisation préalable du juge. Ce privilège du préalable est très général puisqu'il est observé aussi bien pour des activités de gestion, par exemple en matière contractuelle (7), que lorsqu'il s'agit d'un acte de puissance publique. Sur le plan contentieux, il en résulte que c'est alors à l'administré de saisir le juge s'il veut s'opposer utilement aux prétentions de l'administration.

Doit-on, pour autant, considérer que le requérant est alors, ipso facto, chargé du fardeau de la preuve ? L'administré est bien, dans la plupart des cas, demandeur à l'instance ; faut-il aussi qu'il soit automatiquement « demandeur à la preuve » ? L'examen de la jurisprudence n'autorise pas une telle réponse, l'intervention du juge consistant précisément à dissocier ces deux qualités chaque fois que cela apparaît nécessaire.

En première instance, l'administration est, par contre, rarement demanderesse. Dans une thèse encore très actuelle sur ce point, M. Cavaré (8) présente les différentes catégories de recours qui peuvent être intentés par l'administration. Citons le contentieux des contraventions de voirie qui revêt un caractère quasi pénal et où l'administration prend, en général, l'initiative de saisir le juge, faute de pouvoir sanctionner elle-même l'activité répréhensible. Il en va de même, en matière purement administrative, chaque fois que l'administration renonce à ses privilèges ou est obligée de saisir elle-même le juge. L'administration préfère alors s'adresser au juge plutôt que d'assurer elle-même directement l'exécution de sa décision ; par exemple, lorsqu'elle doute de son bon droit, elle peut craindre que sa responsabilité soit engagée (8 bis).

(6) M. Pactet, thèse précitée, p. 62 et s.

(7) M. Péquignot, « Contribution à la théorie générale du contrat administratif », 1945, p. 320 et s.

(8) M. Cavaré, « Les recours de l'administration devant le juge », Thèse, Toulouse, 1920.

(8 bis) Pour un exemple de renonciation de l'administration au privilège du préalable en matière contractuelle, v. C.E. 20 avril 1956, Ville de Nice, R.D.P. 1956, p. 575, concl. Long.

Ces exceptions sont cependant relativement peu nombreuses, et c'est, en règle générale, par les administrés que le juge administratif est saisi. La situation de l'administration se trouvant du même coup privilégiée, le juge administratif doit pouvoir en limiter les avantages, notamment par une action sur la charge de la preuve.

2) *La situation n'est pas fondamentalement modifiée en appel.*

Certes, la réforme du décret du 30 septembre 1953, en généralisant le principe du double degré de juridiction, a multiplié les hypothèses dans lesquelles l'administration doit prendre l'initiative de saisir le juge. Elle occupe, à son tour, la position inconfortable de partie appelante. Doit-on conclure qu'elle supporte à son tour également une part du fardeau de la preuve ?

Il faut, à cet égard, distinguer les moyens invoqués à l'appui de la demande de réformation du jugement attaqué et ceux qui ont trait au fond même de l'affaire, dans la mesure du moins où il est possible de les isoler des précédents.

a — Sur le premier point, l'examen des formules utilisées par les arrêts de rejet montre que le Conseil d'Etat exige de l'appelant, particulier ou personne publique, qu'il justifie ses conclusions à fin d'annulation par des preuves suffisantes. Il existe, sur ce point, une présomption de fait de la régularité du jugement contesté qui doit être combattue, faute de quoi l'appel sera rejeté.

Ce principe vaut naturellement lorsque c'est le particulier qui fait appel d'un jugement donnant gain de cause à la puissance publique.

« Considérant, dit le Conseil d'Etat, que, si la société requérante soutient que le jugement du Tribunal Administratif de Toulouse a été rendu à la suite d'une procédure irrégulière, ce moyen n'est assorti d'aucun commencement de preuve de nature à permettre d'en apprécier le bien-fondé » (9).

De même, lorsque c'est la personne publique qui interjette appel, elle doit fournir, à l'appui de ses conclusions d'annulation, des preuves de nature à convaincre la Haute Assemblée de l'erreur des premiers juges.

Le ministre soutient-il que la requête adressée au Tribunal Administratif était irrecevable parce que tardive ? Il doit démontrer dans son recours la forclusion, en *établissant* que la décision attaquée était purement confirmative et n'avait pu, de ce fait, ni proroger, ni rouvrir les délais (10).

Argue-t-il d'une irrégularité entachant selon ses dires la

(9) C.E. 1^{er} octobre 1956, Sté l'Union Economique Continentale, p. 484 ; C.E. 10 mai 1965, Ministère des Finances c/Sieur C., p. 272.

(10) C.E. 9 mars 1966, Min. des Armées c/Boissavie, p. 188 ; v. aussi C.S.C.P., 18 mars 1966, Giovanni, p. 339.

procédure suivie en première instance ? Il lui faut alors prouver l'existence de cette irrégularité : « Considérant que si le ministre ...soutient que le jugement attaqué aurait été rendu à la suite d'une procédure irrégulière, il n'apporte à l'appui de ce moyen aucune précision de nature à permettre d'en apprécier la portée » (11).

Si c'est, enfin, l'incompétence du Tribunal qui motive l'appel, les conclusions de l'administration appelante doivent être assorties de preuves établissant cette incompétence (12).

D'une manière générale, l'examen des formules utilisées par le juge pour rejeter l'appel : « le ministre n'est pas fondé à soutenir, à se plaindre... », indique que c'était au ministre de démontrer l'irrégularité du jugement attaqué.

En définitive, le Conseil d'Etat n'acceptera de remettre en cause la décision du Tribunal Administratif que si l'administration appelante fournit des preuves suffisantes des motifs qu'elle allègue. Il y a là, incontestablement, une présomption qui fait peser sur la partie appelante une part importante du fardeau de la preuve et qui, depuis 1953, peut jouer aussi bien en faveur du particulier que de la personne publique.

b — Lorsque, en dépit de cette charge de preuve naturelle et logique, l'administration parvient à convaincre le Conseil d'Etat de l'irrégularité du jugement attaqué, l'affaire peut à nouveau être jugée.

Alors, la situation des parties à l'instance importe peu. L'administration peut avoir pris l'initiative de l'appel et le juge ne pas hésiter à demander à l'intimé telle ou telle preuve. Il n'y a pas de règle spécifique concernant la charge de la preuve et l'on constate tout au plus que se développe, au cours du procès, une certaine répartition des moyens de preuve. Celle-ci est effectuée par le juge à partir de différents critères que nous nous efforcerons de préciser.

Il n'est pas exagéré, cependant, de dire que le juge d'appel a tendance à considérer comme certains les faits établis et reconnus en première instance par le Tribunal Administratif. Il y a là une sorte de présomption de fait qui joue aussi bien en faveur de l'une ou l'autre partie (13).

Il est donc clair que, depuis 1953, l'administration peut avoir à établir les motifs par lesquels elle conteste la régularité du

(11) C.E. 1^{er} octobre 1965, Min. des Finances c/C^o de Navigation « Les Chargeurs Réunis », p. 488.

(12) C.E. 29 avril 1955, S. d'Etat aux Aff. Eco. c/Deporte, p. 221, concl. Laurent.

(13) C.E. 9 mars 1966, Min. de la Construction c/Jay, p. 199: rejet de l'appel, le ministre n'ayant pas établi l'*inexactitude* des allégations précises et concordantes que le requérant avait assorties de commencements de preuve devant le Trib. Adm.; v. aussi C.E. 27 octobre 1965, Min. de l'E.N. c/Sudaka, D.S. 1966, II, 421, note Gilli.

jugement dont elle a saisi le Conseil d'Etat. Lorsque l'affaire est jugée au fond, on tend, par contre, à retrouver une situation analogue à celle qui existait en première instance, c'est à dire assez largement défavorable au requérant, sauf naturellement s'il est alors parvenu à établir certains faits. Mais, dans l'ensemble, et même en appel, la position du particulier demeure finalement beaucoup moins privilégiée que celle de l'administration.

B) *La détention par l'administration de la plupart des moyens de preuve* renforce les privilèges qu'elle retire de sa position à l'instance et aggrave l'inégalité que l'on vient de constater. Il est souvent difficile, voire impossible, au particulier requérant de réunir des éléments de preuve.

1) *Cela tient d'abord à ce que la plupart des documents de preuve ont un caractère administratif.*

Cela est évident lorsqu'il existe des documents permettant de matérialiser les motifs de l'action administrative. Ils doivent alors être recherchés à la source de la décision discutée : sanction d'infraction, refus d'autorisation, existence d'un avis obligatoire. L'expérience quotidienne démontre que la démarcation entre ce qui est volontiers rendu public et ce qui doit demeurer confidentiel n'est pas nette. Existe-t-il un procès-verbal, un rapport effectué à la demande d'un chef de service ? Il peut être difficile à l'administré, qui se heurte aux réticences « des bureaux », d'apporter une réponse satisfaisante à ces questions. Le dossier qu'il s'efforce ainsi de constituer, et au vu duquel le juge commencera par examiner sa requête, risque fort d'être incomplet et peu convaincant, faute de contenir précisément les documents les plus intéressants.

Mais il arrive que, pour former sa conviction, le juge soit obligé de contrôler la justesse d'une appréciation effectuée par l'administration beaucoup plus que d'examiner une preuve proprement dite. L'inégalité des plaideurs devient plus subtile mais n'en est pas moins réelle.

Le juge, en contrôlant l'appréciation à laquelle s'est livrée l'administration, se comporte, pensons-nous, moins comme un « supérieur hiérarchique » que comme un organe de tutelle (14). Cette attitude ne fait cependant pas l'unanimité dans la doctrine.

M. le Commissaire du Gouvernement Bertrand faisait remarquer, à propos de l'affaire Genestal (15), que : « deux points de vue peuvent, à cet égard, être opposés. D'aucuns seront d'avis qu'à faire porter, en un semblable domaine (contrôle économique), sa

(14) J. Megret, « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire ». *Études et Documents du C.E.* 1953, p. 77 ; v. notamment C.E. Assemblée, 24 juillet 1942, Piron, p. 233.

(15) C.E. Section, 26 janvier 1968, p. 62, précité.

recherche des visas sur autre chose que les éléments d'information fournis spontanément par l'administration, le juge s'expose lui-même à commettre des erreurs d'appréciation graves de conséquences... nous sommes, pour notre part, plus sensibles à l'argument de sens inverse selon lequel le contrôle juridictionnel de la légalité doit être, en matière économique, d'autant plus vigilant que les décisions administratives comportent ici davantage de répercussions sur la vie même du pays ».

En l'espèce, on sait que le Conseil d'Etat, suivant les suggestions de M. Bertrand, demande au ministre de préciser les motifs de sa décision par des renseignements supplémentaires, et notamment la production d'un avis du conseil de direction du F.D.E.S. Le requérant contestait, en effet, l'existence de ce document relativement ésotérique, mais sans pouvoir l'établir avec certitude. L'administration s'étant jusqu'alors refusée à verser cette pièce au dossier malgré les demandes qui lui avaient été faites.

Sur ce point l'intervention du juge est absolument décisive.

2) En présence de cette source essentiellement administrative des documents de preuve, le requérant est donc doublement défavorisé.

a — En premier lieu, il ne connaît, par définition, que le visage extérieur que l'administration lui offre, c'est à dire celui qui est certainement le moins expressif sur le plan de sa recherche. Ne connaissant que le résultat externe de l'activité administrative, le requérant risque d'ignorer, sinon l'existence des règles au respect desquelles l'administration était tenue, du moins si ces règles ont effectivement été respectées. Vraie pour la recherche du détournement de pouvoir, cette observation l'est également chaque fois que la preuve découle d'un examen interne de l'activité administrative. C'est en ce sens, peut-être, qu'a pu s'accréditer l'idée d'une indigence des règles de preuve dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir. Nous la retrouverons.

b — Le deuxième handicap supporté par le requérant est le suivant : même s'il a pu avoir connaissance de l'existence de certains documents de preuve, il faut encore qu'il puisse accéder librement auxdits documents. Ce n'était pas le cas dans l'affaire Genestal précitée. Cela ne l'est pas davantage lorsque les candidats à un concours soutiennent que le procès-verbal d'une délibération du jury ne correspond pas, en fait, à la teneur exacte de ces délibérations (16), ou encore que le jury a tenu compte, pour le classement des candidats, d'éléments autres que la valeur des épreuves subies par chacun d'eux (17). La démonstration du bien fondé de la prétention émise échappe, pour l'essentiel, au requé-

(16) C.E. 17 juin 1964, Poncin, R.D.P. 1964, p. 811, concl. Braibant.

(17) C.E. 23 novembre 1966, Frank et Palfer-Sollier, p. 1055.

rant. Ce n'est précisément que si le Conseil d'Etat estime, comme il le fit dans ces affaires, que l'état du dossier ne lui permet pas de se prononcer sur le litige et nécessite un supplément d'instruction, que le particulier a des chances de recevoir satisfaction. Et cela, non plus à cause de la valeur probante de sa démonstration, mais, plus vraisemblablement, en raison, soit de l'insuffisance de celle de l'administration, soit d'une recherche directement effectuée par le juge, par exemple une enquête.

3) *Deux observations complètent la portée de ces diverses sources d'inégalité.*

a — Les droits de la défense tempèrent, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le déséquilibre des parties. Lorsque ces droits sont reconnus et appliqués, c'est à dire essentiellement en matière disciplinaire, la contradiction des preuves découle de la communication du dossier administratif qui est alors obligatoire, l'absence de cette communication ou son accomplissement incomplet étant à leur tour illégaux.

La portée de cette exception demeure toutefois limitée puisque, en l'état actuel de la jurisprudence, et comme le soulignait M. le Président Letourneur (18), « (le moyen tiré) de la violation des droits de la défense par suite de la non communication préalable du dossier ou, à tout le moins, de la non communication préalable du grief retenu (...) n'est reconnu que lorsque la mesure à intervenir présente le caractère d'une sanction ».

b — A l'inverse, la recherche des preuves devient véritablement aléatoire lorsque la requête est dirigée contre une décision qui n'a pas à être motivée. Plusieurs auteurs (19) ont souligné l'apparente contradiction de situations dans lesquelles l'administration peut ne pas motiver ses décisions à l'égard des administrés, mais est tenue, par contre, de communiquer ses motifs au juge s'il les demande. On peut s'étonner de cette ambivalence, mais elle n'a rien d'illogique : « la règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de supprimer, à leur égard, le vice de forme tiré du défaut de motifs ; elle n'a ni pour but, ni pour effet, de soustraire l'administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui, obligation qui résulte de l'existence même du contrôle juridictionnel » (20).

Nous pensons cependant qu'une telle distinction risque de produire les effets les plus déplorables au niveau de la recherche des preuves. En effet, l'absence de tout motif prive l'administré d'une source de renseignements dont il devrait presque obligatoi-

(18) Conclusions sur l'arrêt Barel.

(19) V. note Luchaire, sous C.E. 27 décembre 1946, Lazhar ben Mohamed Aidoudi, in Rec. Penant, p. 61.

(20) M. Letourneur, conclusions précitées.

rement avoir connaissance pour orienter sa recherche et développer utilement ses arguments.

Cet inconvénient est naturellement atténué dans la mesure où le juge accepte de venir en aide au requérant en obligeant l'administration à faire ce à quoi il acceptait, jusqu'alors, qu'elle ait pu se soustraire : fournir les motifs de sa décision, même discrétionnaire. Ce qui n'était, sur le plan administratif, qu'un problème de forme devient alors, dans cette perspective contentieuse, une exigence élémentaire du contrôle juridictionnel. Mais il y faut l'intervention du juge. Or, on l'observera, si ce dernier tient compte des difficultés rencontrées par le requérant, sa décision dépend également de l'apport initial de preuves fourni par les parties. C'est assez dire que l'absence des motifs risque d'être préjudiciable même pour ce commencement de preuve.

Retenons, en définitive, de ces développements, deux idées. La première, c'est que la difficulté de preuve, qui résulte de la détention par l'administration de nombreux éléments de preuve et de l'absence de moyens de contrainte à la disposition du particulier, est aigüe et risque de devenir définitive chaque fois que le juge refusera de statuer à partir d'autre chose que les pièces versées au dossier. Malgré une évolution indéniable, cela demeure encore souvent le cas.

En effet, et c'est la seconde observation, le juge peut s'efforcer de rechercher des éléments de conviction en dehors des seules pièces versées initialement au dossier, soit par des investigations appropriées, soit par un véritable complément d'instruction. Mais cela suppose que le requérant ait déjà satisfait à des exigences minimales de preuve, ce qui peut lui être difficile.

SECTION II. — LES FACTEURS DE VARIATION DE L'INTERVENTION DU JUGE DANS LA RECHERCHE DES PREUVES.

Considérée isolément, l'inégalité des parties explique l'attitude du juge administratif d'un point de vue global, et permet d'introduire un élément de différenciation entre le recours pour excès de pouvoir et les autres types de recours moins marqués que celui-ci par cette inégalité. Elle ne suffit pas, cependant, à expliquer à quelles conditions le juge accepte éventuellement d'utiliser ses pouvoirs d'investigation pour tenter de remédier au déséquilibre constaté, ou refuse au contraire de le faire.

Cette décision dépend d'une appréciation des caractères d'ensemble du litige faite par l'organe chargé de l'instruction. Aucun texte ne définit les conditions de cette appréciation, aucune théorie ne permet de les systématiser. Seules les conclusions des Commissaires du Gouvernement apportent des précisions, au gré des affaires, sans d'ailleurs prétendre limiter en quoi que ce soit la liberté des juges.

Ces conclusions nous montrent cependant que la décision du juge dépend de plusieurs éléments d'appréciation.

Cette décision dépend d'abord de l'étendue du contrôle que le juge exerce sur l'activité administrative.

Devant des difficultés de preuve comparables, l'attitude du juge ne sera pas la même s'il doit examiner la régularité d'une décision discrétionnaire ou celle d'un acte pour lequel la compétence de l'administration était liée.

Cela revient à dire que la qualité du pouvoir dont l'administration dispose conditionne la décision du juge d'intervenir ou de ne pas intervenir dans la recherche des preuves (§ I).

L'office du juge à l'égard de la recherche des preuves dépend, en second lieu, de l'origine exacte de la contestation. Là aussi, la valeur d'un commencement de preuve ne produira pas les mêmes effets sur l'organe chargé de l'instruction selon que c'est l'administration ou, au contraire, le particulier qui a pris l'initiative de la prétention d'où est issu le litige (§ II).

Ces deux critères ne sont pas absolus. Ils indiquent toutefois quelle sera la tendance du juge à l'égard du troisième élément d'appréciation : l'apport initial des parties en matière de preuve (§ III).

Un commencement de preuve, une allégation sérieuse, précise, parfois une simple affirmation, suffisent selon les cas à déterminer le juge à intervenir dans la recherche des preuves. Ce troisième élément d'appréciation est étroitement liée aux précédents, les exigences du juge en la matière n'étant pas les mêmes selon la nature du pouvoir de l'administration ou son rôle dans la naissance du litige.

§ I — *Premier facteur :*

la nature du pouvoir exercé par l'administration.

C'est le critère le plus déterminant.

L'étendue du contrôle juridictionnel et la qualité de l'intervention du juge en matière de preuves sont deux questions distinctes mais très liées.

La plus ou moins grande précision des textes sur lesquels se fonde l'action administrative permet de distinguer trois hypothèses (21).

Si la règle de droit ne définit pas les limites du pouvoir de l'administration et ne spécifie aucun motif pour l'exercice de ce pouvoir, l'acte accompli par l'autorité administrative sera « discrétionnaire » : les motifs et l'objet de la décision administrative sont alors déterminés librement par l'administration.

(21) V. J.-C. Vénézia, « Le pouvoir discrétionnaire », L.G.D.J. 1959. V. Letourneur, in R.I.S.A. 1965, p. 24 : « L'évolution récente de la jurisprudence administrative pour la protection des droits des citoyens ».

Si, à l'inverse, les textes déterminent précisément et impérativement quels sont les faits qui conditionnent la mise en œuvre du pouvoir de l'auteur de l'acte, la compétence de l'administration sera liée : les motifs et l'objet de la décision administrative sont, dans ce cas, imposés par un texte.

Si, enfin, la règle de droit, sans verser dans aucun de ces extrêmes, soumet l'action administrative au respect d'une condition légale dont le contenu dépend de la qualification juridique d'un fait ou d'une situation, l'action administrative devra se conformer à cette définition légale. L'administration détermine alors librement l'objet de sa décision, mais les motifs de cette décision doivent correspondre à ceux que la loi prévoit.

A) L'administration exerce un pouvoir discrétionnaire.

1) Définition et portée du contrôle.

Aucun texte ne limite précisément le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative. Sur le plan du contrôle juridictionnel, la caractéristique essentielle est l'impossibilité, pour le juge, d'apprécier la relation des faits et de la mesure décidée.

Le contrôle est donc minimum, c'est à dire que sont examinés, sur le plan externe : la compétence de l'auteur de l'acte et la procédure d'élaboration de l'acte ; sur le plan interne, le détournement de pouvoir, auquel ont été adjoints le contrôle des motifs et, plus récemment, celui de l'erreur manifeste.

a — L'adjonction du contrôle des motifs, sous le double aspect du contrôle de l'erreur de droit et de l'examen de l'exactitude matérielle des motifs de fait, a permis au juge d'étendre son contrôle au delà de la censure, bien délicate, du but. Cela signifie, notamment, que le juge doit être à même de vérifier la régularité des motifs de fait et de droit invoqués au soutien de la décision attaquée.

b — L'incidence de l'erreur manifeste est plus subtile. Elle permet d'introduire dans le contentieux administratif la notion d'évidence qui y était, jusque là, demeurée assez étrangère, et qui présente cependant un intérêt pour le requérant. Elle est pour le juge un moyen d'insérer, dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire, une notion relative à la qualification des faits, normalement exclue d'un tel contrôle.

L'intérêt de cette extension du contrôle juridictionnel provient, non seulement de ce que rien n'indique, en définitive, où l'erreur commence d'être manifeste, ce qui permet au juge de contrôler assez librement les appréciations de l'administration, mais aussi de la dispense de preuve qui en résulte pour le requérant. Certaines choses, comme l'évidence, vont sans dire, mais, comme le rappelait Monsieur de Talleyrand, elles vont encore

mieux en les disant : en censurant l'erreur manifeste, le juge dit précisément ce que le requérant, malgré tout son talent, aurait eu bien du mal à établir.

Aussi n'est-il pas non plus sans intérêt de constater que cette notion, d'abord reconnue dans le contentieux des équivalences d'emplois (22), puis dans celui du remembrement rural (23), s'est dégagée de ce cadre étroit pour déborder sur la notoriété médicale (24), les dommages de guerre (25), l'urbanisme (26), l'économie (27), etc... au point qu'elle est devenue, aujourd'hui, un instrument essentiel du contrôle de la légalité.

Réserve faite de l'erreur manifeste qui permet de corriger ce que la théorie du pouvoir discrétionnaire a d'arbitraire, lorsque l'administration exerce un tel pouvoir, le juge n'a pas la possibilité d'apprécier, au-delà de l'existence des motifs de fait ou de droit, si ces motifs sont de nature à justifier l'action de la personne publique. Une telle vérification supposerait qu'existât une norme de référence définissant une condition légale au regard de laquelle pût être appréciée la régularité de l'action entreprise. Par hypothèse, cette condition n'est pas prévue par les textes.

c — La jurisprudence la plus récente sur la pluralité des motifs et l'appréciation des motifs déterminants complète le tableau du contrôle du pouvoir discrétionnaire.

Traditionnellement limitée au contentieux disciplinaire (jurisprudence Canavaggia) (28), cette jurisprudence paraît s'étendre actuellement au domaine des décisions discrétionnaires. L'examen de l'arrêt d'Assemblée Dame Perrot (29) indique que, saisi d'une contestation relative à un refus d'autorisation opposé à une demande d'installation d'un commerçant, le Conseil d'Etat a, sinon peut-être substitué son appréciation à celle de l'administration, du moins accepté de porter un jugement d'ensemble sur la valeur respective des divers motifs qu'elle allègue.

En présence de deux motifs dont l'un est illégal, le juge annule la décision s'il ne ressort pas des pièces versées au dossier que l'autre motif aurait, à lui seul, entraîné la même décision.

Or « l'administration devant être prise au sérieux même quand elle est dans l'erreur », tous les motifs qu'elle donne de

(22) C.E. Section, 15 février 1961, Lagrange, p. 121.

(23) C.E. 2 mars 1960, Gesbert, p. 162.

(24) C.E. 7 juin 1967, Rougemont, p. 240, A.J.D.A. 1968, p. 48, note Peiser.

(25) C.E. 3 mai 1968, Soc. Beaugéraud et Cie, A.J.D.A. 1968 II 417, concl. Baudoin.

(26) C.E. 13 juillet 1968, Mendelssohn, A.J.D.A. 1968 II 650.

(27) C.E. 6 novembre 1963, Soc. Iranex, p. 523.

(28) C.E. 14 janvier 1948, Canavaggia, p. 18.

(29) C.E. Assemblée, 12 janvier 1968, Min. des Finances c/Dame Perrot, p. 39, A.J.D.A. 1968 II 179, concl. Kahn. V. aussi, 13 juillet 1967, D'Albaret, en matière d'internement administratif, p. 904, Somm. ; v. également, 21 février 1969, Min. des P. et T. c/Kopacki, A.J.D.A. 1969, p. 183 et chr. p. 156.

ses décisions doivent être, jusqu'à preuve du contraire, présumés déterminants. L'annulation ne sera évitée que s'il ressort de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision, abstraction faite du motif illégal. L'issue du litige dépend donc du caractère surabondant du motif écarté par le juge. Tous les motifs, même erronés, étant présumés déterminants, seul la preuve que l'un d'entre eux est surabondant permettra d'induire le caractère pleinement déterminant de ceux qui subsistent. La présomption d'utilité des motifs indique clairement que c'est à l'administration que cette preuve incombe, puisque l'absence de cette preuve entraînerait l'annulation de la décision.

On voit par là tout l'intérêt de cette jurisprudence dans un domaine où le régime des preuves est beaucoup moins favorable au requérant.

2) *L'incidence du pouvoir discrétionnaire sur le régime de la preuve* est la suivante : le juge est confronté essentiellement à un problème d'exactitude des faits pour lequel il a tendance à considérer que le requérant doit fournir l'essentiel des preuves.

Cela est d'abord vrai en ce qui concerne le détournement de pouvoir où la présomption de légalité du but de l'action administrative demeure encore très forte.

Certes, nous avons déjà remarqué (v. supra p. 84) qu'une présomption inverse peut être créée, mais cette possibilité est bien limitée et nous devons constater que le moyen tiré du détournement de pouvoir incite rarement le juge à venir en aide au requérant.

Le rôle du requérant n'est pas moindre pour ce qui a trait à la contestation des motifs.

Les formules utilisées dans les jugements indiquent également qu'il existe une certaine présomption de légalité des motifs d'un acte.

« Considérant que *l'inexactitude* matérielle des faits allégués ne ressort pas des pièces du dossier » (30). La formule indique implicitement que le requérant n'est pas parvenu à faire naître un doute dans l'esprit du juge.

A l'inverse, si, par la précision de ses premiers arguments, le requérant parvient à faire naître ce doute, que l'attitude équivoque du défendeur peut naturellement renforcer, le juge pourra demander à l'administration des précisions complémentaires, et, faute de les obtenir, considérer que « la preuve de *l'exactitude*

(30) Police des étrangers: C.E. 12 juin 1953, Dame de Savitch-Ritckgorsky, p. 281.

Interdiction d'écrits étrangers: C.E. Section, 4 juin 1954, Joudoux et Rioux, p. 346.

Sanctions administratives: C.E. 1^{er} juin 1943, Magnas, p. 138, S. 1943 III 37, Liet-Veaux; C.E. 15 décembre 1967, Broquier, 495.

Refus d'agrément: C.E. 14 juin 1967, Santucci, p. 251, concl. Bernard.

matérielle des faits, qui lui incombait, ne ressort pas de l'instruction ».

La contradiction des deux formules n'est qu'apparente, chacune d'elles caractérisant un moment de l'instruction, le second naissant du doute que les magistrats retirent éventuellement du premier.

C'est très exactement dans ce domaine qu'est intervenue la jurisprudence Barel, en permettant de multiplier les hypothèses dans lesquelles le juge s'adresse à l'administration pour répartir plus équitablement le fardeau de la preuve.

Dans cette première hypothèse du pouvoir discrétionnaire, l'intervention du juge se révèle donc particulièrement nécessaire du fait de la *tendance* des magistrats à exiger d'abord du requérant un commencement de preuve. La théorie moderne du pouvoir discrétionnaire repose de plus en plus sur une accentuation de la pression du juge dans le but de contraindre l'administration à justifier une action que les particuliers auront, au départ, utilement contestée.

B) *L'exercice du pouvoir de l'administration est soumis au respect d'une condition légale.*

1) *Définition et portée du contrôle.*

La légalité de la décision de l'administration dépend de l'existence de faits de nature à la justifier. Le contrôle porte alors, non seulement sur l'existence de ces faits, mais aussi sur leur qualification juridique.

Le fait qualifié devient ainsi une condition de la légalité de l'action administrative et cela permet au juge de rechercher si les faits qui ont motivé la décision attaquée étaient de nature à la justifier.

Ce contrôle est lui-même susceptible de plusieurs degrés (31).

a — Le contrôle de qualification est purement abstrait lorsque le juge recherche seulement si les faits établis appartiennent à la catégorie de ceux prévus par la loi.

Ainsi, le juge recherchera, en matière de tutelle, si le refus d'un maire d'exécuter un ordre légal du préfet est de nature à justifier l'application de l'une des mesures prévues par l'article 68 du Code d'Administration Communale (32).

Dans le domaine de l'épuration administrative, le juge vérifie si les traits retenus comme motifs d'une sanction prise au titre d'une ordonnance de 1944 entrent dans la catégorie des « faits de nature à avoir favorisé les entreprises de l'ennemi » (33).

(31) Vénézia, thèse précitée.

(32) C.E. 1^{er} février 1967, Cuny, p. 52.

(33) C.E., Canavaggia, précité.

C'est aussi le cas pour la déchéance d'office de la nationalité française, qui ne peut être prononcée que pour des motifs énumérés par le Code de la Nationalité (34).

Dans toutes ces hypothèses, le juge vérifie si les faits invoqués par l'autorité administrative comme motifs de sa décision étaient bien conformes à la norme de référence légale.

b — Le contrôle du juge franchit un degré supplémentaire chaque fois que la loi autorise ce dernier à substituer son appréciation à celle de l'administration en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

Parfois la loi subordonne l'exercice du pouvoir de l'administration à une question de fait : existe-t-il une crise du logement ? tel site est-il historique (35) ?

Parfois aussi, l'imprécision de la condition légale à laquelle est soumis l'acte administratif implique qu'au-delà d'une vérification de compatibilité abstraite des motifs et de la règle, le juge recherche, dans les circonstances de l'espèce, si, par exemple, l'ordre public a été troublé (36), ou s'il existait des circonstances exceptionnelles (37).

2) Incidences du contrôle de la qualification juridique des faits sur le régime de la preuve.

Lorsque la légalité de l'action administrative se trouve ainsi subordonnée à une condition de fait dont le juge contrôle la qualification juridique, ou à une appréciation des circonstances qu'il peut librement corriger, la portée de son contrôle est telle qu'il peut, s'il l'estime nécessaire, contraindre l'administration à justifier l'existence et la qualification de ces faits.

C'est très souvent ce qui se produit, car le juge a tendance à considérer que c'est à l'administration de faire la preuve de l'existence de cette condition légale.

Concluant dans des affaires différentes, mais voisines par la portée du contrôle juridictionnel, MM. Kahn (38) et Galmot (39) ont clairement mis en évidence l'existence de cette tendance.

Nous pensons qu'elle est entièrement justifiée et qu'elle limite, en fonction même des termes de la loi, la présomption de légalité

(34) C.E. Assemblée, 20 mars 1964, Sieur et Dame Konarkowski, p. 197.

(35) C.E. 4 avril 1914, Gomel, p. 488 ; C.E. 3 janvier 1968, Soc. Affichage Giraudy, p. 5.

(36) C.E. 19 mai 1933, Benjamin, p. 541 ; C.E. Section, 15 décembre 1961, Chiaretta, p. 709.

(37) C.E. Section, 31 janvier 1958, Ch. Syndicale du Commerce d'importation en Indochine, p. 63. C.E. Assemblée, 1^{er} octobre 1962, Canal, Robin et Godot, p. 552.

(38) C.E. Assemblée, 4 mars 1966, Manufacture des produits chimiques de Tournan, J.C.P. 1966 II 14651, concl. Kahn.

(39) C.E. Section, 22 avril 1966, Sieur Tochou et Sieur Mony (deux espèces), R.D.P. 1966, p. 584, concl. Galmot.

qui semble, dans d'autres cas, s'attacher aux décisions de l'administration.

Le juge inclinera à faire reposer sur la personne du défendeur l'essentiel du fardeau de la preuve.

Il est normal, dans ces conditions, que le recours à des mesures d'investigation soit alors moins nécessaire que dans le contentieux des actes de type discrétionnaire, où la recherche des motifs offre plus de difficultés. Le contrôle de qualification juridique compense ici la difficulté de preuve ; sa logique interne conduit à rechercher l'existence d'une condition légale beaucoup plus qu'à attendre la preuve d'une illégalité. C'est assez dire que l'essentiel de la démonstration repose sur l'administration et qu'il est devenu moins nécessaire d'aider le requérant.

C) *L'administration exerce une compétence liée.*

Elle ne dispose, dans ce cas, d'aucune liberté d'appréciation et doit agir dans un sens précis dès que se présente la situation de fait qui détermine totalement le contenu de sa décision.

Le rôle du juge consiste, dans ce cas, à rechercher, d'une façon quasi automatique, si les conditions liant le pouvoir de l'administration sont en fait réunies. Lorsque le particulier peut faire valoir un véritable droit, il suffit que les conditions d'obtention ou d'exercice de ce droit soient remplies : par exemple, la délivrance d'un permis de chasse. Dans cette hypothèse, le contrôle du juge est très limité, il exclut, notamment, toute recherche de but. Cela importe peu, et pour deux raisons.

La première, c'est que la compétence liée est très favorable au requérant lorsqu'elle existe pour l'octroi d'un droit. Il lui suffira de prouver qu'il remplit les conditions exigées, ce qui, en principe, ne devrait pas lui être impossible.

En second lieu, c'est le juge qui, en l'absence de texte, précise le plus souvent si la compétence de l'administration est liée ou discrétionnaire (40).

Il ne faut donc pas s'attendre à ce que le juge effectue des recherches étendues car l'objet de la preuve réside dans la démonstration de l'existence d'un *droit* pour lequel le contrôle des faits, principal terrain de l'intervention inquisitoriale du juge, est sans utilité.

La contrainte inquisitoriale exercée par le juge à l'égard de l'administration est donc d'autant plus nécessaire, et devrait être d'autant plus forte, que l'autorité administrative dispose, pour l'exercice de ses compétences, de plus de liberté.

En ce sens, l'intervention inquisitoriale du juge tend à exister

(40) V. notamment C.E. 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, p. 182, en matière d'autorisation de mutations immobilières, où le juge paraît décider « *contra legem* ».

en raison inverse de l'étendue de son contrôle juridictionnel dont elle constitue l'indispensable complément.

C'est, en effet, dans le contrôle minimum du pouvoir discrétionnaire que l'intervention du juge dans la recherche de la vérité est susceptible des plus importants développements.

A l'inverse, lorsque la liberté de l'autorité administrative est, sinon totalement supprimée, du moins soumise au respect d'une condition légale précise, le contrôle du fait est plus étendu et rend moins nécessaire une intervention inquisitoriale directe en matière de preuve : l'administration doit, en principe, justifier la légalité de son action dès que celle-ci est sérieusement contestée.

Tel est le premier critère susceptible d'expliquer l'attitude du juge. Le second, quoique moins déterminant, doit être combiné avec le premier.

§ II — *Deuxième facteur :*

l'initiative ante-judiciaire du litige.

La présomption ante-judiciaire chère à Bentham, qui tend à défavoriser celui des plaideurs qui a pris l'initiative de la prétention d'où est ensuite né le litige, ne doit pas, à notre avis, être totalement écartée du contentieux administratif, malgré les règles spéciales de saisine du juge.

L'attitude de ce dernier n'est pas identique quand le contentieux est lié sur une demande du requérant et quand il l'est à partir d'une initiative de l'administration.

A) Contentieux lié à la demande du particulier.

Le litige naît et se développe à la suite d'une initiative du particulier à laquelle l'administration s'est opposée. Juridiquement, la décision de refus est la décision préalable nécessaire au recours devant le juge. Mais il existe, antérieurement à l'instance, une situation de fait ou de droit que le particulier a pris lui-même l'initiative de modifier. L'inégalité du particulier et de l'administration ne disparaît pas complètement, mais elle est atténuée dans la mesure où le requérant a eu la possibilité de justifier sa demande par des arguments appropriés.

Tout dépend ici encore de l'objet de cette demande.

1) *Si le particulier réclame la reconnaissance d'un droit* que l'administration lui refuse, la tendance du juge sera de ne pas intervenir dans ce débat. Des présomptions particulièrement sérieuses devront être apportées par le requérant. En général, le régime de la preuve est assez précis, et il existe souvent des textes qui établissent les conditions d'existence du droit réclamé. Le rôle du juge consiste simplement à interpréter le texte plus ou moins libéralement.

C'est le cas en matière de pensions ou de délivrance du titre de déporté-résistant.

Ainsi, un jugement du Tribunal Administratif de Marseille (41) rappelle qu'aux termes de l'accord conclu le 15 juillet 1960 entre la France et la R.F.A., l'indemnisation des victimes des persécutions nationales-socialistes est subordonnée, d'une part à la preuve de la qualité de déporté ou d'interné, qui peut être établie par la production de la carte définitive de déporté ou d'interné, et d'autre part, à la justification de la qualité de Français. L'absence de l'une de ces deux conditions entraîne automatiquement le rejet de la demande.

Il est possible que le juge administratif intervienne en faveur du requérant, mais il le fera plutôt pour des raisons de difficulté objective de preuve des conditions légales exigées qu'en considération d'une inégalité des parties.

Le pouvoir de l'administration étant lié, il faut et il suffit que les conditions d'exercice de ce pouvoir soient établies. Cette situation, qui peut exister dans le recours pour excès de pouvoir (par exemple : l'attribution du titre de déporté-résistant), se rencontre cependant plus souvent dans le plein contentieux. Mais, dès lors qu'il existe un texte précis, l'intervention éventuelle du juge consiste moins à favoriser la recherche directe des preuves qu'à agir sur le fond même du droit (42) en interprétant le texte.

Ainsi plusieurs arrêts ont permis au Conseil d'Etat d'atténuer les exigences légales de preuve pour la délivrance du titre de résistant (43).

Lorsque l'irrégularité de l'action administrative résulte de la violation d'un droit, la justification de ce droit dépend de preuves que le requérant peut avoir quelques difficultés à réunir, mais sans que ce soit, a priori, lié à l'attitude de l'administration.

Sauf exceptions, le juge n'a pas, alors, de raisons générales d'intervenir dans la recherche des preuves.

2) La situation est-elle la même lorsque le particulier demande l'attribution d'un avantage ou la reconnaissance d'un titre, sans que cela corresponde à un véritable droit ?

Une demande d'agrément, de permis de construire, d'autorisation administrative quelconque, laissent, en règle générale, un pouvoir d'appréciation à l'administration. Nous retrouvons ici l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire et la nécessité pour le juge d'exercer un contrôle adapté à la nature de ce pouvoir.

Comme dans l'hypothèse précédente, le particulier qui deman-

(41) Tr. Adm. Marseille, 1^{er} février 1967, Dame Veuve Abello, p. 551.

(42) V. supra, p. 82.

(43) C.E. 15 mai 1953, Montlac, p. 237, à comparer avec des solutions antérieures plus restrictives, par exemple : C.E. 17 octobre 1952, Todeschini, p. 440 ; v. aussi Odent, Cours de Contentieux précité, p. 602.

de un avantage doit justifier sa demande. Mais sa démonstration devient par définition, plus complexe. Ne pouvant se prévaloir d'un véritable droit, le requérant devra rechercher quels sont les motifs du refus de l'administration pour tenter d'en prouver l'illégalité. Nous retrouvons ici l'inégalité qui était estompée dans l'hypothèse précédente.

Si les motifs de l'administration sont trop vagues, le juge, soit annulera la décision (44), soit ordonnera un supplément d'instruction (45). Il s'abstiendra, par contre, de prendre part au débat si ces motifs sont suffisants et rejettera la requête (46).

Dans tous les cas il est important de constater que, puisque c'est l'administré qui a pris l'initiative de modifier le statu quo, le juge n'acceptera de lui venir en aide que sur la base d'un commencement de preuve précis qui sera pour lui le garant, sinon du bien-fondé, du moins du sérieux de sa prétention.

Qu'en est-il lorsque c'est au contraire l'administration qui, en bouleversant le statu quo, a pris l'initiative réelle du litige ?

B) Contentieux lié à la suite d'une initiative de l'administration.

Alors que, dans les hypothèses précédentes, la requête du particulier était un moyen de continuer, sur le plan contentieux, l'instruction de la demande qu'il avait faite à l'administration, la signification de sa requête diffère maintenant totalement. Son but est d'éviter l'application d'une décision qu'il n'a pas provoquée par une demande.

Que l'administration intervienne spontanément ou à la demande d'un tiers, la résultat est le même : le particulier se voit imposer de l'extérieur une décision qu'il n'avait pas sollicitée.

Son obligation de preuve ne sera pas aussi importante que s'il avait pris lui-même l'initiative du litige.

Le contentieux disciplinaire, celui des mesures de police, montrent que l'administration doit être en mesure d'établir les faits qui sont à l'origine de sa décision.

La décision du maire refusant le renouvellement d'un contrat d'emplacement sur divers marché est annulée « s'il n'est pas établi que les troubles invoqués (comme motif de la décision) se soient en réalité produits » (47).

L'exactitude matérielle et la qualification juridique des motifs

(44) C.E. Section, 15 juin 1951, Galetzky, p. 337 (autorisation d'exploitation agricole par des étrangers).

(45) C.E. 10 janvier 1968, Daudens et autres, p. 24 (contestation de la validité d'un permis de construire accordé à un tiers).

(46) C.E. 4 octobre 1967, Michels, A.J.D.A. 1968 II 169, concl. Braibant (Autorisation d'exploitation agricole par des étrangers.).

(47) C.E. 6 novembre 1964, Ville d'Ivry-s/Seine, A.J.D.A. 1965 II 168, J.M.

d'une sanction disciplinaire seront également vérifiées par le juge (48).

Un licenciement pour suppression d'emploi est légal si le motif de réalisation d'économies budgétaires invoqué est établi (49) et, par contre, annulé « s'il n'existe au dossier aucun élément de nature à établir une diminution (d'activité) justifiant la suppression de cet emploi » (50).

La valeur de la distinction étudiée ne doit cependant pas être surestimée. Par bien des points elle révèle sa véritable utilité comme complément du critère tiré de la qualité du pouvoir exercé par l'administration.

La participation du juge à la recherche des preuves dépend de la combinaison de ces deux critères : la difficulté éprouvée par les parties et la valeur de leur apport sur le plan de la preuve.

Sauf exception, un commencement de preuve est nécessaire pour que le juge accepte de venir en aide au particulier qui se heurte à un acte discrétionnaire de l'administration. Mais la valeur de ce commencement de preuve sera appréciée plus strictement par le juge lorsque c'est l'administré qui a pris l'initiative réelle du litige. Au contraire, le juge sera plus libéral lorsque le particulier a seulement cherché à se soustraire à l'application d'une décision due à l'initiative de l'administration.

A ce titre on voit combien l'appréciation, par le juge, de l'apport initial des parties en matière de preuve, qui déterminera immédiatement son attitude, va être marquée par ces deux premiers facteurs.

§ III — *Troisième facteur :*

l'apport initial des parties en matière de preuve.

Il est difficile de déterminer avec précision à partir de quel moment un commencement de preuve se révèle suffisant pour inciter le juge à venir en aide au requérant. Deux tendances doivent, à cet égard, être conciliées. L'art du juge doit consister à demander aux plaideurs un concours suffisant pour que soit garantie l'efficacité d'une intervention qui ne peut être décidée qu'à bon escient, mais sans exiger d'eux une démonstration trop approfondie qu'ils risqueraient de ne pouvoir lui fournir.

Il y a donc toujours un minimum, en l'absence duquel le juge ne saurait intervenir, et un maximum qui ne devrait pas être franchi sous peine d'enlever à l'intervention du juge sa raison d'être et son utilité.

En quoi consistent ces limites ? Pratiquement, le juge n'inter-

(48) C.E. 17 octobre 1958, Min. de l'Intérieur c/Mottard, p. 490.

(49) C.E. 16 novembre 1966, Commune de Bully, Rec. 1012 Somm.

(50) Trib. Adm. Bordeaux, 22 avril 1966, Gourdon, p. 745

viendra jamais en l'absence d'allégation précise de la part du demandeur, mais considérera qu'un simple commencement de preuve suffit.

A) *L'exigence d'une « allégation précise ».*

« Si le requérant se borne à de vagues allégations son recours sera rejeté, quelle que soit l'attitude de l'administration ; s'il nie un fait retenu par la décision attaquée et si l'auteur de celle-ci ne conteste pas cette négation, le pourvoi sera admis ; la solution risque d'être inverse si l'administration apporte des éléments tendant à établir la réalité du fait contesté et si l'intéressé ne réplique pas » (51). Cette appréciation de M. le Président Letourneur nous paraît absolument transposable pour la définition du minimum exigible, aussi bien de la part du requérant que de l'administration.

1) *Le requérant supporte au minimum la charge d'une allégation précise.*

Il y a là une condition qui est toujours nécessaire, et qui n'est en général pas suffisante.

Parce qu'il occupe la position de demandeur à l'instance juridictionnelle, le particulier supporte, dès le début de celle-ci, une charge minimum, irréductible, qui est de contester utilement la décision administrative. A cette tâche correspondent obligatoirement les deux exigences suivantes :

— le requérant doit d'abord présenter un moyen d'annulation à l'appui de sa demande ; ce moyen doit être « opératoire », c'est à dire que, tout en étant distinct d'une preuve, il doit correspondre aux faits et aux éléments de droit contestés par le requérant.

— Cela suppose, et c'est la seconde condition, qu'à côté d'un moyen clairement articulé, la réalité, l'inexactitude, ou la qualification d'éléments de fait ou de droit dont dépend le bien-fondé du moyen invoqué, soient au minimum alléguées ou contestées de manière précise.

Il est évident que si le requérant omet d'assortir sa requête de moyens pertinents, ou néglige d'invoquer ou de contester des faits au soutien de ce moyen, il n'y a alors ni argumentation, ni prétention claire qui puisse permettre au juge, soit d'examiner l'affaire au fond (absence de moyen), soit de conclure au bien-fondé de la demande (absence d'allégation claire).

C'est ce qui résulte d'une jurisprudence constante, dont il suffit de rappeler les termes invariablement repris : « Il ne résulte pas de l'instruction, et le requérant n'allègue même pas que... le ministre ait fondé sa décision sur un motif déterminé, reposant

(51) M. Letourneur, R.I.S.A. 1965, p. 28.

sur des faits matériellement inexacts, ou entachés d'erreur de droit ou de détournement de pouvoir » (52).

Le fait que, à ce stade du procès, l'attitude de la défense ne soit pas prise en considération indique clairement que *le requérant supporte en tout état de cause, quel que soit l'objet de sa réclamation et la nature du litige, une part minimum qui est, non pas la charge de la preuve, mais seulement celle de l'allégation.*

Lorsque le demandeur a satisfait à cette exigence minimale, l'attitude du juge dépend de l'attitude de l'administration défenderesse.

2) *L'administration doit contester en défense les allégations précises du requérant.*

Ce n'est pas toujours le cas.

a — *Première situation* : l'auteur de la décision attaquée conteste les allégations du requérant.

Dans ce cas, le juge apprécie la valeur des arguments respectifs des parties et il peut statuer s'il s'estime suffisamment informé.

Tout dépend de la qualité des répliques du demandeur.

Tantôt elles suffisent à convaincre le juge, soit du bien fondé de la requête, soit au contraire de la légalité de la décision critiquée ; tantôt, le doute subsistant, le juge décidera, au vu de l'effort du requérant et de l'attitude de l'administration, de questionner à son tour le défendeur.

L'arrêt Couillaud du 4 octobre 1967 (53) offre un bon exemple de ce genre de dialogue.

Le capitaine Couillaud soutient avoir adressé, le 28 janvier 1962, une lettre tendant à l'octroi d'une pension, soit moins de cinq ans après sa radiation du cadre de l'armée, conformément à la loi. C'est précisément ce que le ministre des Armées conteste en défense. Couillaud produit alors, à l'appui de son mémoire en réplique, la copie de la demande adressée au ministre le 28 janvier, ainsi que la copie de la réponse ministérielle se référant à ladite demande. Le document est-il apocryphe, la bonne foi du ministre a-t-elle été surprise ? La sous-section chargée de l'instruction demande au ministre communication de la lettre du 28 janvier et, ce dernier ayant déclaré que « les recherches entreprises dans le dossier personnel du requérant n'ont pas permis de retrouver ce document », la sous-section conclut à son existence et fait droit à la réclamation de Couillaud.

Il est possible, à l'inverse, que le supplément d'instruction décidé permette à l'administration de se justifier (54).

(52) V. par ex. : C.E. 21 décembre 1960, Serra, D.S. 1961, p. 425, note Chapus. C.E. 9 juillet 1954, Cordelet, p. 439.

(53) V. R. Lebon, 1967, p. 355.

(54) C.E. 22 mai 1968, Lagrange, p. 815.

La situation n'est plus la même si le défendeur ne contredit pas la thèse alléguée dans le mémoire introductif d'instance.

b — *Deuxième situation* : l'auteur de la décision attaquée ne contredit pas les allégations précises du requérant.

Si les allégations du requérant ne sont pas infirmées par l'administration, ou si celle-ci se borne à répondre en termes trop vagues ou imprécis, le juge fera droit à la prétention du demandeur.

La pratique des annulations-sanctions a servi, pendant longtemps, de justification à l'admission immédiate du pourvoi. Le juge considérait « qu'aucune pièce du dossier ne faisant connaître les raisons de service pour lesquelles plusieurs agents ont été promus chefs de bureau », il n'était pas à même d'exercer son contrôle sur la régularité des nominations qu'il décidait, en conséquence, d'annuler (55).

La pratique actuelle tend à considérer, plus simplement, que l'attitude ambiguë de l'administration équivaut à un aveu qui permet précisément au juge de statuer, les allégations non contestées étant tenues pour exactes (56).

Que devons-nous penser de cette exigence minimale ?

En principe, l'exigence d'une allégation précise constitue une condition nécessaire mais non suffisante d'une intervention inquisitoire du juge. L'appréciation de la valeur des allégations des parties peut convaincre le juge et lui permettre de trancher le litige, on vient de le voir. Par contre, elle constituera beaucoup plus difficilement une base suffisante pour décider le juge à participer à la recherche des preuves. La nécessité d'un véritable commencement de preuve est encore très générale, bien que certaines exceptions commencent à se développer.

B) *La nécessité d'un commencement de preuve.*

Elle constitue un principe que le Conseil d'Etat admettait en diverses occasions sans avoir ressenti le besoin d'en préciser la portée exacte avant que l'arrêt d'Assemblée Barel ne vint permettre à M. Letourneur d'en exposer les grandes lignes d'une façon magistrale, et que ne se développât ensuite une jurisprudence libérale dont les contours définitifs ne paraissent pas encore avoir été atteints.

(55) C.E. Section, 8 janvier 1937, Bury, p. 22 ; C.E. 12 juillet 1949, Koenig de Belliard, p. 348.

(56) C.E. 18 mai 1966, Sieur Ferréol, p. 333. « Les motifs précis (d'une sanction) allégués par le requérant ne sont pas contestés par les affirmations de l'administration, qui ne sont assorties d'aucun fait ni d'aucune précision ».

C.E. 16 juin 1965, Sieur Morin, p. 355 : « Le ministre ne corroborant pas, par des présomptions sérieuses, le grief retenu n'a pas apporté la preuve qui lui incombait de l'exactitude matérielle dudit grief ».

V. aussi C.E. 8 juin 1966, Banse, Rec. Somm. p. 1067.

C.E. 6 mars 1968, Laouni, A.J.D.A. 1968 II 642.

C.E. 10 février 1965, Morati, p. 91, (formalités administratives).

1) *L'arrêt Barel et les Conclusions de M. Letourneur* (57).a — *« L'affaire de l'E.N.A. »*

L'arrêt Barel fut, on le sait, rendu par l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat à la requête de cinq étudiants, candidats au concours de l'Ecole Nationale d'Administration, informés par le directeur de l'Ecole que le Secrétaire d'Etat à la Fonction Publique avait décidé de ne pas retenir leurs candidatures.

Les candidats invoquaient, à l'appui de leurs requêtes, deux moyens essentiels.

Ils soutenaient, d'une part, que la décision d'exclusion dont ils étaient victimes avait été prise en raison de leurs opinions politiques et avait pour objet d'écarter tout candidat soupçonné, à tort ou à raison, d'être communiste, et qu'elle était, de ce fait, entachée, soit d'erreur de droit, soit de détournement de pouvoir.

Ils estimaient, en second lieu, que, puisque ces décisions avaient été prises après examen de leur « dossier », ils auraient dû en recevoir communication. Ils se proposaient donc de prouver que cela n'avait pas été le cas et que, de l'absence de cette communication, résultait une violation des droits de la défense qui suffisait à motiver l'annulation des mesures d'exclusion attaquées.

b — *L'intérêt des conclusions de M. Letourneur.*

C'est à l'examen de ces deux questions que M. Letourneur devait consacrer une partie de ses conclusions, mais seulement après avoir d'abord développé une véritable théorie du contrôle juridictionnel du pouvoir « discrétionnaire ». Le Commissaire du Gouvernement commence par rappeler de quels pouvoirs le Conseil d'Etat dispose lorsqu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir, avant de préciser les limites de ces pouvoirs dans la matière particulière des admissions à concourir.

Il n'est pas indifférent de constater que cette façon de procéder liait intimement, tout à la fois, l'existence même d'un contrôle qui oblige l'administration à fournir au juge les motifs de ses actes, l'étendue de ce contrôle qui varie avec la qualité du pouvoir exercé par l'administration, et l'instruction, enfin, qui permet au Conseil d'effectuer les investigations qu'il juge utiles à l'exercice du contrôle qui lui appartient.

Ceci permet de faire clairement ressortir la nature de la double relation fondamentale qui existe entre l'étendue du contrôle exercé par le juge, d'une part, et les caractères de sa recherche inquisitoire de la vérité, d'autre part.

(57) C.E. Assemblée, 28 mai 1954, Barel et autres, p. 308, concl. Letourneur ; R.D.P. 1954, p. 509, concl. et note Waline ; R.P.D.A. 1954, p. 149, concl. et note Eisenmann ; Rev. Adm. 1954, p. 297, concl. et p. 393, note Liet-Veaux ; D. 1954, p. 594, note Morange ; S. 1954 III p. 97, note Mathiot. V. aussi C. J. Hampson, précité, et P. Dabeziès, « Le problème du droit à concourir », R.D.P. 1967, p. 1133.

En premier lieu, la qualité de l'intervention du juge dans la recherche des preuves est conditionnée par l'étendue de son contrôle juridictionnel. Ses pouvoirs sont plus ou moins étendus suivant la nature des actes attaqués et la qualité du pouvoir dont jouit l'administration.

En ce sens, l'intervention du juge en matière de preuve dépend de l'étendue du contrôle juridictionnel. Cette première relation, sans être systématique, peut cependant être observée dans un certain nombre de litiges dans lesquels le pouvoir de l'autorité administrative est comparable.

En second lieu, la décision du juge de participer à la recherche des preuves en obligeant l'administration à fournir les motifs de ses actes, même discrétionnaires, est le moyen le plus efficace de compléter un contrôle qui risquerait, sans cela, de demeurer bien souvent illusoire, ou simplement virtuel. L'intervention inquisitoriale du juge devient alors la condition d'un véritable contrôle du pouvoir discrétionnaire.

En ce sens, l'efficacité et le dosage du contrôle juridictionnel de l'activité administrative dépendent de la qualité des investigations du juge en matière de preuve.

L'arrêt Barel illustre cette interaction et annonce une jurisprudence nouvelle dans laquelle celle-ci ne cesse d'être précisée.

Que l'intervention du juge dans le domaine de la preuve soit commandée par l'étendue du contrôle juridictionnel, M. Letourneur l'assurait implicitement en rappelant que, dans la matière spéciale des admissions à concourir, dès lors que les candidats remplissent toutes les conditions requises (âge, moralité, diplôme, etc...), il ne s'ensuit pas, pour autant, qu'ils aient un *droit* à concourir. Le ministre conserve, dans ce domaine, un pouvoir d'appréciation qui peut le conduire, dans l'intérêt général ou pour des nécessités du service, à exclure un candidat, sans que cela entraîne la lésion d'un « droit au concours » qu'aurait acquis le candidat.

La reconnaissance d'un tel droit, d'ailleurs évoquée par le Commissaire du Gouvernement, comme une solution d'avenir souhaitable, se traduirait par une extension du contrôle juridictionnel permettant au Conseil d'Etat d'examiner ce qui constituait, en l'espèce, le second moyen des requérants, fondé sur l'absence de communication des griefs et la violation des droits de la défense. Mais le Commissaire du Gouvernement s'y refuse et rejette par là, implicitement, les preuves et les arguments invoqués en ce sens par les candidats, car, précisément, la jurisprudence n'autorise qu'un contrôle minimum. Cela exclut que soit vérifiée la légalité des conditions dans lesquelles il aurait été porté atteinte à un droit, puisqu'une telle vérification excéderait le contrôle minimum de l'erreur de droit, de l'exactitude matérielle des motifs et du détournement de pouvoir. Il y a bien, de ce point de vue, une restriction logique à la recherche des preuves qui s'explique par les limites que revêt le contrôle du Conseil d'Etat.

A l'inverse, et c'est l'aspect le plus fécond de la corrélation, la précision et l'efficacité du contrôle juridictionnel sont étroitement liées à l'étendue des investigations du juge, elles-mêmes influencées par l'apport initial des parties. « Si le requérant soutient ses moyens par des commencements de preuve, des présomptions sérieuses, le juge, tout naturellement, appréciera s'il convient de mettre en demeure le ministre de s'expliquer, et si le ministre ne répond pas, ou répond d'une manière trop imprécise, d'une manière insuffisamment pertinente et complète, il annulera l'acte attaqué... » (58).

c — L'existence d'un commencement de preuve détermine l'intervention inquisitoire du juge dans la recherche de la vérité.

Dans l'affaire Barel, le Commissaire du Gouvernement recense méthodiquement tous les commencements de preuve apportés par les candidats, afin de déterminer dans quelle mesure le refus qui leur a été opposé avait été dicté par un mobile politique. Il examine, au passage, la valeur probante de chaque élément de preuve, soit :

— les communiqués parus dans le journal « Le Monde », faisant état de la volonté du Gouvernement de n'accepter aucun candidat communiste au concours. Précis dans son contenu, le communiqué est vague quant à ses origines et le Secrétaire d'Etat conteste avoir jamais tenu de tels propos. Mais, précise le Commissaire du Gouvernement, le fait qu'il ne les ait pas démentis pendant deux mois est considéré comme une présomption de leur exactitude.

— Un entretien d'un des candidats avec le Directeur de l'Ecole, au cours duquel ce dernier lui a fait savoir que son exclusion avait été motivée par son appartenance au parti communiste, est un second élément de preuve.

— Enfin, le silence du Secrétaire d'Etat, interrogé à ce sujet à l'Assemblée Nationale, constitue une présomption très forte des motifs réels de sa décision.

En présence de ces diverses présomptions, la Section du Contentieux a estimé que les conditions de son éventuelle intervention dans la recherche active de la vérité étaient remplies. Elle pouvait d'autant plus le penser que l'attitude du Secrétaire d'Etat, qui déclarait « qu'il appartenait au Conseil d'Etat de rechercher parmi les pièces versées au dossier celles qui lui permettraient de dégager les motifs des décisions prises », équivalait pratiquement à un refus de faire connaître les motifs de sa décision.

C'est en considération, d'une part des présomptions sérieuses produites par les requérants, d'autre part de l'attitude de refus du Secrétaire d'Etat, que la Section a donc demandé à ce dernier la production, sous huitaine, du dossier contenant les pièces,

(58) M. Letourneur, conclusions précitées.

rapports et documents au vu desquels les décisions attaquées avaient été prises.

En cas de refus de produire les pièces demandées et de fournir les justifications indispensables à la formation de la conviction du juge, les faits et motifs allégués par le requérant sont considérés comme établis et le pourvoi est admis.

Quoique juridiquement distincte des procédures de l'acquiescement ou du désistement d'office (59), la demande adressée à l'administration équivaut à une mise en demeure sévèrement sanctionnée.

2) *Les développements de la jurisprudence Barel.*

Le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion d'appliquer les principes mis en œuvre dans l'arrêt Barel (60) ; mais c'est de la décision de 1954 que date le début d'une évolution libérale qui ne cesse de s'étendre depuis.

a — La jurisprudence Barel s'est d'abord, naturellement, développée sur le terrain qui l'avait vue naître, celui des admissions aux concours (61), où le juge a souvent manifesté un souci très aigu de développer au maximum les formes de son contrôle.

Les principes systématisés à l'occasion de l'arrêt Barel devaient être appliqués par l'arrêt Lévy (62) où, cette fois, le Conseil d'Etat estime que la réunion, par le requérant, de divers éléments de preuve, suffit à établir la réalité de l'illégalité, bien qu'elle ne soit, en l'espèce, ni matériellement, ni directement prouvée par les pièces du dossier.

Dans d'autres affaires, les allégations ou les commencements de preuve apportés par les candidats suffisent, soit à déterminer une intervention du juge dans le domaine des preuves (63), soit même à le convaincre directement de la réalité des faits allégués (64).

b -- Mais la jurisprudence Barel est maintenant appliquée à d'autres contentieux.

On la retrouve d'abord dans de nombreux arrêts du conten-

(59) Article 56, Ordonnance 31 juillet 1945 ; Article 9, Loi du 22 juillet 1889.

V. C.E. 17 octobre 1958, Min. de l'Intérieur c/Mottard, p. 490.

(60) C.E. 27 juillet 1933, Elections au Conseil Général du canton de Calenzana, p. 906 ; C.E. 1^{er} mai 1936, Couespel du Mesnil, p. 436 ; C.E. 12 juillet 1949, Koenig de Belliard, p. 348 ; C.E. 28 juillet 1951, Blohorn, p. 452.

(61) P. Dabezies, « Le problème du droit à concourir », R.D.P. 1967, p. 1133.

(62) C.E. 23 décembre 1955, Lévy, D.S. 1956 II 27, concl. Lasry.

(63) C.E. 21 décembre 1960, Vicat-Blanc, D.S. 1961 II 425, note Chapus.

(64) C.E. 27 octobre 1965, Min. de l'E.N./Sieurs Sudaka et Lamas, D.S. 1966 II 421, note Gilli.

tieux général de la fonction publique : à l'occasion d'un refus de mutation de fonctionnaire (65), d'un licenciement non disciplinaire (66), d'une diminution de prime de rendement (67).

L'exercice, par l'administration, d'un pouvoir discrétionnaire n'y fait pas obstacle, bien au contraire.

On retrouve l'inspiration de la jurisprudence Barel à partir de 1959 dans le contentieux des mesures de police prises en vertu d'un texte d'exception. Avant l'arrêt Grange (68), le contrôle de légalité demeurait très limité (69) en fonction des termes de la loi d'exception qui permet à l'autorité de police de prendre des mesures *préventives* à l'égard de personnes *suspectes*. Le juge n'a donc pas à exiger la preuve d'une *culpabilité*, mais seulement la justification de l'appréciation de « suspect », ce qui est beaucoup plus léger. Cette précision explique, à notre avis, les limites de la transposition de la jurisprudence Barel, l'objet de la preuve exigée étant restreint par les termes de la loi que le juge doit appliquer (70).

Malgré ces limites, cette libéralisation paraît assez bien établie (71).

Le Conseil d'Etat vient, tout récemment, de l'étendre au contentieux des décisions à caractère économique, par l'arrêt de Section Genestal (72), à l'occasion d'un différend né du refus de l'administration de faire droit à une demande d'agrément présentée par une société lors d'une opération de décentralisation industrielle (v. supra p. 74). Ce faisant, comme dans l'affaire de l'E.N.A., le ministre exerçait bien un pouvoir discrétionnaire entraînant un contrôle minimum. Cela n'empêche pas le Conseil d'Etat, saisi en appel, d'expliquer pourquoi il estime nécessaire le renvoi de l'affaire devant les premiers juges pour un supplément d'information, « le motif (du refus d'agrément) fourni par l'administration étant formulé en termes trop généraux pour permettre à la juridiction administrative d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision attaquée ».

En se décidant à demander à l'administration les raisons de fait et de droit qui motivent précisément sa décision, le Conseil d'Etat tente, non seulement de mettre fin à la pratique qui consiste

(65) C.E. 22 mars 1961, Enard, p. 202.

(66) C.E. 26 octobre 1960, Rioux, p. 558, concl. Chardeau.

(67) C.E. Section, 23 décembre 1966, Jannès, p. 690, concl. Kahn.

(68) C.E. Assemblée, 30 janvier 1959, Grange, p. 85, concl. Chardeau.

(69) Cf. arrêts Frocrain et Bourokba, précités.

(70) V. la note critique de M. Demichel, D.S. 1965, p. 668, sous l'arrêt Livet, précité.

(71) C.E. 13 juillet 1965, Magne de la Croix, p. 461 ; C.E. Section, 22 avril 1966, Min. de l'Int./Mony, R.D.P. 1966, p. 584, concl. Galmot, Rev. Adm. 1966, p. 277, note Liet-Veaux ; Dalloz 1966, p. 504, note Dran ; C.E. Ass. 24 juin 1960, Frampar, p. 412, concl. Heumann.

(72) C.E. Section, 26 janvier 1968, Sté Maison Genestal, p. 62, concl. Bertrand.

à invoquer, un peu vaguement, l'intérêt général pour couvrir les motivations les plus diverses, mais il effectue également un transfert de la charge de la preuve.

En effet, ou bien le ministre refusera de fournir les précisions demandées par le Tribunal Administratif sur renvoi du Conseil, et le juge sera vraisemblablement conduit à censurer la décision administrative. Il le fera, soit en constatant qu'il n'a pas été à même d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient, soit, plus probablement, par le motif que les faits allégués par la société requérante (l'opération envisagée revêt un caractère d'intérêt général suffisant) doivent être tenus pour exacts.

Ou bien le ministre fera connaître ses motifs en ce domaine, comme il accepte maintenant de le faire dans les autres, et le juge statuera en connaissance de cause.

Dans les deux cas, c'est maintenant de l'administration que le juge attend une démonstration dont l'insuffisance ou l'imprécision risque d'être sanctionnée par l'annulation. Il y bien eu transfert de la charge de la preuve, puisque c'est l'administration qui supporte désormais le risque d'une insuffisance de preuve.

La décision Genestal réalise donc, dans le domaine économique, et par le biais d'une action du juge sur la preuve, une extension fort importante d'un contrôle dont l'insuffisance a été soulignée à plusieurs reprises (73).

Elle vient d'être confirmée (74) par un arrêt d'Assemblée du 13 décembre 1968 qui exige de l'administration qu'elle soit en mesure de *justifier*, par les motifs tirés de l'intérêt général, les distinctions susceptibles de permettre des discriminations au regard du principe d'égalité.

C) *Les exceptions à la nécessité d'un commencement de preuve.*

Plusieurs interprétations divergentes ont été avancées au sujet de la nécessité d'un commencement de preuve pour décider de l'intervention du juge.

Pour les uns (75), le contrôle du juge ne doit pas prendre un

(73) V. notamment: T.A. de Paris, 5 juillet 1962, Société d'Ebénisterie Industrielle Valéri, p. 776, où, dans une affaire identique, une attitude beaucoup plus restrictive est adoptée par le juge.

V. aussi: M. Fromont, « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la juridiction administrative », A.J.D.A. 1966, I, p. 588 ; P. Beltrame, « Le contrôle des prix et le juge », Rev. Adm. 1967, p. 670 ; M. R. Simonnet, « Le contrôle juridictionnel des incitations fiscales », A.J.D.A. 1968, I, p. 275 ; P. Manin, « Le commerce extérieur devant le juge administratif », Rev. Sc. Fin. 1968, p. 341.

(74) C.E. Assemblée, 13 décembre 1958, Fédération Nationale des Elus Républicains Municipaux et Cantonaux, A.J.D.A. 1969, II p. 33, concl. Kahn.

(75) M. Waline, R.D.P. 1954, p. 514 ; Auby et Drago, Traité N° 1310.

tour trop tâtillon, et c'est pourquoi l'exercice du pouvoir d'instruction doit être strictement lié à la réunion de présomptions sérieuses par le requérant. Pour d'autres (76), une telle exigence risquerait, en incitant l'administration à se taire, d'interdire toute possibilité de contrôle efficace.

La nécessité d'un commencement de preuve n'est pas aussi absolue que ces diverses explications pourraient le laisser croire. Certes, dans l'affaire Barel, les requérants *pouvaient*, semble-t-il, et en conséquence *devaient* réunir des éléments de preuve constituant des présomptions sérieuses. Dans ces conditions, une simple allégation, non assortie d'un commencement de preuve, n'aurait pas suffi.

Ce qui détermine l'intervention inquisitoriale du juge dans l'affaire Genestal (voir supra p. 109) est loin de constituer un commencement de preuve. La société requérante conteste, en définitive, que sa propre décentralisation ne présente pas un caractère d'intérêt général suffisant pour justifier l'octroi d'une prime. L'appréciation de l'administration est rigoureusement inverse mais n'est pas plus établie que celle du requérant. Témoin de ces affirmations contradictoires, le Conseil d'Etat, qui ne pouvait contrôler l'opportunité de l'appréciation ministérielle, a cependant décidé de ne pas s'en tenir purement à ces affirmations. L'intervention du juge, mettant le ministre dans l'obligation de préciser le motif d'intérêt général qu'il invoque, est parfaitement justifiée, eu égard à la difficulté qu'aurait eue la société à produire, non pas une preuve, mais tout simplement le commencement de preuve normalement exigé.

C'est même l'impossibilité absolue, pour le demandeur, de faire la preuve de l'illégalité de l'appréciation discrétionnaire de l'administration qui décidera le juge à ne pas s'en tenir à la réponse ministérielle, alors que, sur un plan strictement logique, la rigoureuse symétrie des allégations opposées des parties pouvait laisser le Conseil d'Etat dans l'embarras.

Il a suffi au juge que, devant les allégations du demandeur, l'administration ait une attitude trop vague et ne précise pas assez les motifs de sa décision discrétionnaire.

Certains arrêts paraissaient déjà s'orienter dans cette voie libérale, et, notamment, les deux décisions Vicat-Blanc (76) rendues dans des circonstances comparables à celles de l'affaire Barel, à ceci près que la Présidence du Conseil avait, cette fois, adopté une attitude plus prudente et évité ainsi l'accumulation des éléments de preuve. En fait de preuves, Vicat-Blanc, qui se bornait à alléguer que le refus d'admission à concourir reposait sur des motifs politiques, n'en apportait, semble-t-il, guère.

(76) T.A. Paris, 6 mai 1959, Vicat-Blanc ; C.E. 21 décembre 1961, Premier Ministre c/Vicat-Blanc, D.S. 1961, p. 421, note Chapus.

Le Tribunal Administratif de Paris acceptera tout de même l'application des principes dégagés en 1954, nonobstant l'absence de tout commencement de preuve.

Nous estimons possible que le fait que le Conseil d'Etat, saisi d'un appel du Premier Ministre, n'ait pas désavoué le Tribunal, ne doive pas nécessairement être interprété comme une marque d'approbation de la décision des premiers juges, mais puisse s'expliquer seulement par le souci de ne pas discuter, dans cette décision d'espèce, l'opportunité des pouvoirs d'instruction du juge.

Le fait que le Conseil d'Etat ait continué à exiger un commencement de preuve, même si celui-ci est apprécié de plus en plus libéralement (77), confirme que c'est bien de la décision Genestal que date le nouveau progrès, mais cela seulement lorsqu'un commencement de preuve est lui-même difficile à établir.

L'état actuel de la jurisprudence peut être résumé de la manière suivante.

Dans tous les cas le requérant supporte, au minimum, la charge d'une allégation précise jointe à l'obligation de présenter au juge un moyen pertinent.

Nécessaire, cette condition n'est pas suffisante pour que le juge se décide à participer à la recherche des preuves. Un commencement de preuve demeure, en règle générale, exigé.

Toutefois ce principe est assorti de deux correctifs et c'est par leur évolution qu'on mesure le libéralisme actuel de la jurisprudence.

D'une part, le juge tend à être moins exigeant pour admettre l'existence d'une présomption ou d'un commencement de preuve.

D'autre part, l'allégation sérieuse et précise suffit parfois à provoquer l'intervention du juge, malgré l'absence de tout commencement de preuve, lorsque le requérant se heurte à de grandes difficultés de preuve et à une attitude équivoque ou imprécise de l'administration.

SECTION III. — LES LIMITES DE L'INTERVENTION DU JUGE DANS LA RECHERCHE DES PREUVES.

Le pouvoir inquisitorial du juge administratif peut-il s'exercer librement au cours de l'instruction ? Ne doit-il pas respecter certains principes ou certaines règles ?

Il y a d'abord des principes communs à l'ensemble des juridictions, qui sont les principes généraux de l'instance, soit, essentiellement, le principe du contradictoire et celui de l'immutabilité du litige (§ I).

(77) C.E. 27 octobre 1965, Min. de l'E.N. c/Sudaka et Lamas, précité.

Il convient, en second lieu, d'examiner quelle est l'influence du principe de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative (§ II).

Enfin, le défendeur ne pourrait-il pas opposer à la recherche du juge l'article 1315 du Code Civil, dans la mesure où son intervention modifie les règles de la charge de la preuve (§ III) ?

§ I — *Le pouvoir inquisitorial et le respect des principes généraux de l'instance.*

Cette question ayant été déjà présentée (v. supra p. 31 et s.), il suffit de rappeler ici les conclusions auxquelles nous sommes parvenus.

A) *Le principe du contradictoire est une limite absolue aux pouvoirs du juge.*

Le juge est obligé de communiquer aux parties le résultat des mesures qu'il a décidées ou le contenu des documents qu'il s'est procurés (78).

En conséquence, il sera interdit au juge d'asseoir sa conviction sur la connaissance personnelle qu'il pourrait avoir des faits qui n'auraient pas été portés à la connaissance des parties.

Ce principe, qui est applicable aussi bien devant les tribunaux administratifs que judiciaires, ne dépend absolument pas des caractères de l'office du juge.

Qu'il soit tenu d'observer une certaine neutralité, comme c'est encore largement le cas devant les tribunaux civils, ou qu'il utilise son pouvoir de direction de l'instruction en vue de contraindre une partie à lui fournir des preuves, le juge est, dans tous les cas, soumis impérativement au principe du contradictoire.

Ainsi, une demande de renseignements formulée par le président d'audience d'une Cour d'Appel pendant le délibéré viole le principe du contradictoire si le renseignement n'a pas été porté à la connaissance des parties et si leurs observations n'ont pas été sollicitées (79).

De même, un entretien du président d'un conseil de discipline avec un témoin, entre la clôture des débats et la délibération du conseil, contrevient au principe du contradictoire s'il ne ressort

(78) Il faut toutefois observer que la pratique des vérifications administratives diligentées unilatéralement par l'administration à la demande du juge constitue une exception, limitée mais critiquable, au principe que nous rappelons.

(79) Cass. Civ. 2^e, 21 mars 1958, Epoux Rousseaud c/Epoux Lamazou-Betbéder, J.C.P. 1958, II, 10600.

pas des pièces du dossier que cet entretien a eu lieu pour des raisons étrangères à l'affaire (80).

Le respect du caractère contradictoire de l'instance ne dépend aucunement du caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure. Et si, comme la langue d'Esopé, un pouvoir inquisitoire peut être la meilleure ou la pire des choses, il est permis de penser que celui du juge administratif correspond à la première hypothèse. Il apparaît comme un instrument irremplaçable au service des droits de la défense, et le décret de 1965, réformant la mise en état des causes devant les juridictions civiles, paraît bien s'en inspirer.

B) Le principe de l'immutabilité du litige est une limite beaucoup plus relative au pouvoir inquisitorial du juge.

Le principe de l'immutabilité de l'instance existe aussi bien devant les juridictions administratives que devant les juridictions civiles. Mais, alors que dans le procès civil il est étroitement lié à la notion de principe dispositif qui implique une certaine maîtrise des parties sur le déroulement de l'instance, les deux éléments sont, au contraire, dissociés dans le contentieux administratif.

Nous avons déjà expliqué pourquoi le principe de l'immutabilité du litige pouvait être transposé dans le contentieux des droits où il ne saurait cependant exclure le pouvoir de direction de l'instruction qui appartient au juge (v. supra p. 90).

Dans le contentieux de l'annulation, le principe existe aussi depuis l'arrêt Intercopie (81). Le juge doit respecter la cause de la demande en justice, mais sa définition est encore tellement large qu'elle lui laisse pratiquement une très grande liberté d'action.

Au surplus, la jurisprudence sur la cause intéresse beaucoup plus la recevabilité des demandes, ou la régularité des jugements dans leur dispositif, que le registre de l'instruction.

§ II — *Le pouvoir inquisitorial et le principe de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative.*

A) Exposé du principe.

Le principe de séparation concerne, d'une part, la distinction organique des administrateurs et des juges, et repose, d'autre part, sur l'interdiction faite aux seconds de se comporter en administrateurs (et réciproquement) (82).

(80) C.E. Section, 5 décembre 1958, Dupré, p. 617, concl. Kahn.

(81) C.E. Section, 20 février 1953, p. 88.

(82) Auby et Drago, Traité précité, N^{os} 118 et s.

C'est ce deuxième aspect fonctionnel qui est susceptible de nous intéresser.

En demandant à l'administration de fournir les raisons de fait et de droit de son action, le juge ne risque-t-il pas de s'immiscer dans la fonction administrative ? Ne peut-on craindre alors, qu'au delà d'un contrôle de la régularité des actes de l'administration, il en arrive à substituer sa propre appréciation à celle des agents administratifs et à se comporter comme un « supérieur hiérarchique » ?

La tendance existe, mais le reproche ne doit pas être aussi entier.

La possibilité, pour le juge, de substituer, dans certains cas, son appréciation à celle de la personne publique est juridiquement correcte, dès lors qu'elle est une condition d'un contrôle effectif de son action. Cela n'implique pas automatiquement un « contrôle de moralité ». Le fait est souvent incorporé à la légalité. Vouloir cantonner le juge dans un domaine purement juridique, à l'exclusion de toute investigation de fait, serait contraire à sa mission qui est d'exercer un contrôle, non point tâtillon, mais adapté aux exigences de l'action administrative moderne.

D'autre part, il faut, ici aussi, distinguer le registre de l'instruction du jugement proprement dit.

Le principe de séparation interdit au juge de se comporter en administrateur, c'est à dire d'inclure dans les motifs ou le dispositif de son jugement des dispositions tendant à imposer à l'administration une certaine ligne de conduite.

Le pouvoir inquisitoire se situe seulement au niveau de l'instruction, et rien ne s'oppose ici à ce que le juge recherche des éléments de preuve en interrogeant l'administration. M. Letourneur rappelle que « le juge administratif dirige l'instruction ; il en est le maître... L'exercice du contrôle qui lui appartient nécessairement variera, non pas d'après le bon vouloir de l'administration active, liée dans tous les cas par l'obligation de permettre l'examen juridictionnel, mais uniquement d'après la volonté du juge, directeur de l'instruction, qui se déterminera en conscience, au vu des éléments de chaque espèce » (83).

Tel est le principe.

B) *Application du principe.*

Elle se heurte parfois (rarement depuis l'arrêt Barel) aux réticences ou au silence de l'administration, le juge sanctionnant alors l'attitude du défendeur en faisant droit à la prétention du requérant.

(83) Conclusions précitées sur l'arrêt Barel.

Il se peut cependant que la puissance publique désire se soustraire aux investigations du juge pour des raisons d'intérêt public. De la raison d'Etat à l'obligation de discrétion professionnelle, l'administration est riche en secrets, plus ou moins importants, il est vrai, selon les services (84).

1) *Les secrets professionnels.*

L'article 10 du statut général de la fonction publique (85) institue, pour tout fonctionnaire, une « obligation de discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les faits et informations dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». Seule, l'autorisation du ministre peut le délier de cette obligation.

Ce devoir de discrétion existe aussi bien dans l'intérêt des usagers que celui du service, et sa méconnaissance constitue une faute susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires.

Mais cette obligation n'est pas opposable au juge qui peut entendre les agents de l'administration compétente, ou les appeler devant lui, pour qu'ils lui fournissent des explications (86). Toutefois, le juge administratif ne recourt pas très souvent à la comparaison personnelle ; en raison du caractère essentiellement écrit de la procédure, elle doit intervenir avant que le Commissaire du Gouvernement ait été appelé à présenter des conclusions au fond (87).

Certains fonctionnaires sont assujettis au secret professionnel par l'article 378 du Code Pénal (par exemple les commissaires de police). Cette situation entraîne des conséquences qui excèdent nettement celles qui découlent de l'obligation générale de discrétion des agents publics.

En l'absence de dispositions législatives contraires précises, le juge administratif doit s'incliner devant le secret professionnel (88).

2) *Les secrets de la Défense Nationale.*

La solution est beaucoup plus compliquée lorsque le juge se

(84) L. Fougère, « Les secrets de l'administration », in Bull. de l'Inst. Int. d'Adm. Pub., n° 4, 1967.

(85) Article 10, Ordonnance du 4 février 1959.

(86) Article 45, al. 2, Loi du 22 juillet 1889.

(87) C.E. Assemblée 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la Guerre c/Coulon, R.D.P. 1955, p. 995, concl. Grévisse.

(88) V. M. Waline, « Le secret professionnel des fonctionnaires », D. 1930, Chr. p. 65 ; R. Tunc, « Le secret professionnel et les relations administratives », Rev. Adm. 1948, p. 18.

Jurisprudence : C.E. 12 avril 1957, Dève, p. 266 ; C.E. 20 novembre 1959, Secrétaire d'Etat au Budget, p. 613 ; C.E. 26 avril 1967, Sieur Galy-Gasparou, p. 179.

heurte à un refus qui excède manifestement l'obligation de discrétion professionnelle, sans pour autant entrer dans le champ d'application de l'article 378 du Code Pénal.

Tel est le cas des secrets de la Défense Nationale (89). Le juge administratif peut-il, par des modalités appropriées, ordonner la communication de pièces couvertes par le secret de la Défense Nationale ?

Le Conseil d'Etat a donné une réponse de principe à cette question dans l'arrêt d'Assemblée Secrétaire d'Etat à la Guerre c/Coulon du 11 mars 1955, soit moins d'un an après l'arrêt Barel, dont on retrouve l'influence (90).

Les faits : Coulon, employé contractuel dans un atelier de la Défense Nationale, est licencié au motif qu'il « ne remplit plus les conditions pour être maintenu dans un établissement militaire ».

Il soutient devant les premiers juges que seules ses activités politiques et syndicales constituent les véritables motifs de ce licenciement, ce qui incite les magistrats à ordonner la production du dossier. Le Secrétaire d'Etat le transmet, tout en spécifiant qu'il ne contient que les documents non couverts par le secret de la Défense Nationale.

En l'absence des indications de nature à l'éclairer sur les motifs de la décision attaquée, le Tribunal Administratif ordonne avant-dire-droit la communication des documents secrets. Saisi en appel du jugement interlocutoire, le Conseil d'Etat a adopté une solution qui concilie, tout à la fois, les exigences de la Défense Nationale et celles de la jurisprudence Barel.

En premier lieu, si les secrets de la Défense Nationale sont prévus par un texte de loi, il n'existe aucune disposition précisant le nombre et la qualité des personnes autorisées à les détenir.

Le juge administratif peut-il se reconnaître lui-même cette qualité ? Non, l'interdiction du Code Pénal « implique nécessairement que c'est uniquement à l'autorité responsable qu'il appartient de désigner les personnes qualifiées ».

En ce sens, les documents couverts par le secret font exception à l'obligation générale de communication qui existe entre les parties et à l'égard du juge.

Le pouvoir de contrôle qui doit appartenir au juge est-il, pour autant, écarté ?

La réponse est également négative car, s'il n'appartient pas au juge de discuter le refus de communication desdits documents.

(89) Article 78 du Code Pénal.

(90) C.E. Assemblée, 11 mars 1955, p. 149, R.D.P. 1955, p. 995, concl. Grévisse ; D. 1955, J. 555, note de Soto et Léauté ; A.J.D.A. 1955, II, p. 181, note Long.

« rien ne s'oppose à ce que, dans la mesure où ces renseignements lui paraissent indispensables pour former sa conviction sur les points en litige », il prenne « toutes mesures » de nature à lui procurer « tous éclaircissements nécessaires » sur la nature des pièces égarées » et sur « les raisons de leur exclusion ».

Autrement dit, le Tribunal Administratif ne pouvait pas demander à « prendre connaissance des documents couverts par l'article 78 du Code Pénal », mais il lui était loisible d'exiger des éclaircissements. En cas de refus du ministre, il était alors possible de tenir les allégations de la demande pour établies.

Ce qui est alors pris en considération, ce n'est pas le refus de communiquer des documents qui n'ont pas à l'être, mais le refus de fournir des explications sur la demande d'éclaircissement du juge.

Et, finalement, c'est beaucoup plus le silence de l'administration que son secret qui compte pour le juge.

Il n'y a donc aucune raison de ne pas appliquer la jurisprudence Barel. C'est bien, à notre avis, ce qu'entendait M. Grévisse en concluant que « de ce que le silence de l'administration est motivé par l'obligation de conserver secrètes certaines pièces, le juge ne devra pas en inférer que ces pièces contiennent une justification et une réponse pertinente aux arguments de la requête ».

Si, au contraire, l'examen du dossier fait apparaître la faiblesse des arguments de la requête, le silence de l'administration n'empêchera pas le juge de rejeter la demande (91).

Cette solution, qui concilie le respect dû au secret et l'obligation de se justifier si le juge le demande, devrait être étendue à l'ensemble des documents administratifs secrets ou confidentiels, y compris les actes dits « de gouvernement » (92).

§ III — *Le pouvoir inquisitorial et les règles sur la charge de la preuve.*

En ordonnant à l'administration de produire des justifications et des preuves, le juge administratif ne viole-t-il pas l'article 1315 du Code Civil ?

Il met, en effet, à la charge du défendeur une obligation qui paraît contraire à la règle « actori incombis probatio ». Le défendeur ne peut-il également se prévaloir de l'adage « nemo tenetur edere contra se » d'après lequel nul n'est tenu de faire preuve contre soi-même ?

(91) C.E. 30 mars 1960, Bénouali, p. 239 ; C.E. 2 octobre 1963, Houhou, p. 468.

(92) C.E. 23 décembre 1904, Poujade, p. 871 ; l'acte de Gouvernement demeure une lacune dans le contrôle juridictionnel ; il ne devrait pas être un obstacle à l'instruction complète d'un litige.

Un récent arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation (93) montre quelles sont encore, en droit civil, les limites de l'obligation faite au défendeur de participer à la recherche des preuves.

Il s'agissait d'un accident causé par un véhicule de l'administration, dont le contentieux n'est judiciaire que depuis la loi du 31 décembre 1957.

En franchissant le mur du son, les avions supersoniques de l'Armée de l'Air avaient fissuré les cuves des Chais du Midi. Le Tribunal de Grande Instance, puis la Cour d'Appel de Montpellier, avaient ordonné une expertise dont les conclusions apparaissaient insuffisantes pour imputer avec certitude le dommage au vol supersonique. La Cour décidait alors de commettre un nouvel expert avec mandat de procéder à la seule vérification possible : celle des essais en vol. L'Etat étant le seul détenteur des appareils nécessaires à cette vérification, la Cour priait la défense (agent judiciaire du Trésor) de mettre un avion et un pilote à la disposition de l'expert.

Saisie d'un pourvoi de l'agent judiciaire du Trésor, la Cour de Cassation déclare « qu'en ordonnant ainsi au défendeur de prendre des initiatives en vue de la preuve à fournir devant elle, la Cour d'Appel a mis à la charge de ce défendeur une obligation qui ne pouvait lui incomber et a ainsi violé l'article 1315 du Code Civil ».

Le fait que la Cour de Cassation ait seulement visé l'article 1315 indique peut-être, comme le remarquent les commentateurs, que le vieux brocart « *nemo tenetur edere contra se* » n'a plus cours (94).

On peut se le demander. Il n'empêche que l'obstacle de l'article 1315 demeure.

Or, que se serait-il passé si le litige avait été porté devant la juridiction administrative ?

Il est vraisemblable que, en raison de l'impossibilité pour le demandeur de faire la seule démonstration probante, le juge d'appel aurait tenu compte de ce qu'il était possible et raisonnable de demander aux parties et aurait approuvé l'attitude des premiers juges, considérant par là comme tout à fait normale la participation du défendeur à la recherche des preuves (95).

Le devoir de collaboration du défendeur à la manifestation de la vérité tend, peut-être, à déborder les limites du contentieux

(93) Cass. Civ. 2^e, 1^{er} juillet 1966, Dame Sabatier d'Espéran, J.C.P. 1967, II, 15 305, note Juglart et Du Pontavice.

(94) Erwan Le Gall, « Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés », Thèse dactyl. Paris, 1967.

(95) En ce sens, v. l'opinion de M. Odent, Cours de Contentieux administratif, 1965-66, p. 603.

administratif, mais seul le juge administratif est actuellement suffisamment affranchi des règles traditionnelles sur la charge de la preuve pour en assurer une totale application.

Tout l'intérêt du pouvoir inquisitoire est précisément de bouleverser les règles de la charge de la preuve à tel point que l'on peut se demander si celles-ci trouvent encore une application de principe dans le contentieux administratif.

C'est cette question qui va maintenant être examinée.

CHAPITRE SECOND

LES EFFETS DE L'INTERVENTION DU JUGE DANS LA RECHERCHE DES PREUVES.

De toutes les règles de procédure, celles qui gouvernent la charge de la preuve sont assurément les plus discutées. Cela est normal car, dans tout procès, la réponse à la question « qui doit prouver » commande très largement l'issue du litige.

Dès lors que, par le biais de l'instruction, le juge administratif peut être amené à participer à la recherche des preuves, il convient d'observer quels peuvent être les effets de cette attitude sur la charge de la preuve.

Il est certain que la philosophie générale de l'intervention du juge administratif dans le domaine de la preuve s'explique par l'inégalité des parties, notamment dans le recours pour excès de pouvoir où elle est particulièrement accentuée. Certains effets de cette intervention ont déjà été remarqués au cours des précédents développements.

Si l'on veut maintenant essayer d'avoir une vue d'ensemble sur la charge de la preuve, il convient de remarquer que ce problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes en droit administratif et en droit civil. Un des effets les plus déterminants de l'intervention inquisitoriale du juge administratif consiste à modifier les règles traditionnelles de charge de la preuve. Il en résulte que l'on ne saurait, à priori, transposer purement et simplement les principes applicables devant les juridictions civiles pour essayer d'expliquer comment est réparti le fardeau des preuves devant les juridictions administratives (Section I).

L'influence du pouvoir inquisitorial du juge administratif sur la charge de la preuve est telle qu'une distinction fondamentale doit être faite pour l'examen de ce problème.

Le plus souvent, l'instruction permet au juge de réunir des éléments de preuve suffisants pour emporter sa conviction, soit en faveur du demandeur, soit en faveur du défendeur. Le juge partage

alors très librement l'obligation de prouver entre les parties (Section II).

Le problème de la charge de la preuve ne surgit véritablement que, dans l'hypothèse inverse, lorsque l'instruction n'a pas permis au juge de former sa conviction. Le doute subsiste, et la question est alors de savoir qui, de l'administré ou de l'administration doit profiter ou être la victime de cette insuffisance de preuve (Section III).

Section I. Examen critique de la transposition des règles civilistes de charge de la preuve dans le contentieux administratif.

Section II. L'instruction permet au juge d'établir sa conviction. (Première hypothèse).

Section III. L'instruction ne permet pas au juge d'établir sa conviction. (Deuxième hypothèse).

SECTION I. — EXAMEN CRITIQUE DE LA TRANSPOSITION DES REGLES CIVILISTES DE CHARGE DE LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

Les règles civilistes de détermination de la charge de la preuve reposent sur des fondements qui sont actuellement très controversés et partiellement remis en cause (§ I). Leur transposition intégrale aboutirait à des solutions peu équitables que la jurisprudence ne confirme pas (§ II).

§ I — *Examen critique des fondements de la règle civiliste attribuant au demandeur la charge de la preuve.*

A la source de la théorie classique de la charge de la preuve il existe un texte : celui de l'article 1315 du code civil (1), et un principe : la neutralité du juge civil.

A partir de ces éléments de base, la doctrine classique (2) a élaboré un schéma devenu traditionnel.

La personne qui a pris l'initiative de modifier le statu quo, créant ainsi la situation litigieuse, occupe à l'instance une position défavorable et doit, en conséquence, prouver le bien-fondé de sa prétention à l'encontre du défendeur. Celui-ci peut, soit se contenter de nier et attendre que le demandeur fasse la preuve des faits qu'il avance, soit répliquer en s'appuyant sur des faits qu'il devra, à son tour, établir (article 1315, al. 2).

(1) « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

(2) E. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, Paris, 1862, T. 1, N° 38. H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T. 1, N° 213. J. Charbonnier, *Droit Civil*, T. 1, N° 463. R. Perrot, *Rep. Dr. Civil*, V° Preuve, N° 78 et s.

Le juge, astreint au principe de neutralité, arbitre le débat et s'abstient d'intervenir dans la production et la répartition des preuves.

Il n'est pas exagéré de dire que l'on assiste actuellement au déclin de cette théorie classique. Le sens et la portée que l'on prétend attribuer exactement à l'article 1315 sont controversés. La procédure civile moderne confie au juge civil des pouvoirs qui, s'il veut bien les utiliser, mettent en cause, à terme, la neutralité telle que la conçoivent les auteurs classiques.

A) *Critiques et controverses relatives à l'article 1315 du Code Civil* (3).

La principale critique qui est faite à la conception classique de la charge de la preuve est, paradoxalement, annoncée par un auteur que l'on pourrait, à première vue, être tenté de ranger parmi les « classiques ». Pour Martin (4), la théorie de la charge de la preuve revêt un caractère trop mécaniste, incompatible avec la réalité judiciaire. Les règles de charge de la preuve ne doivent pas être isolées des règles de fond du droit. La répartition de la charge de la preuve dépend, dans bien des cas, de la nature des faits à prouver, c'est-à-dire de l'objet de la preuve.

Cette conception, qui avait conduit Martin à essayer de comparer des « familles naturelles de litige » classées en fonction de la diversité des liens entre objet et charge de la preuve, a le mérite de montrer que le problème de la charge de la preuve demeure très lié à celui de la production des moyens de preuve.

Il peut naître de cette distinction un aménagement des rôles du juge et des parties. Pour certains auteurs (5), la production des moyens de preuve correspondrait à une charge de preuve dite subjective, reposant essentiellement sur les parties ; le juge répartirait ensuite la charge de la preuve « objective » en tenant compte des résultats de la première. Cette distinction de la « phase subjective de l'élaboration de la charge de la preuve », marquée par une collaboration éventuelle du juge et des parties pour la production des preuves, et de la « phase objective de la répartition finale de la charge de la preuve » opérée par le juge, met en valeur l'action possible du juge, appelée à un renouveau depuis la réforme de 1965. Elle implique également beaucoup de nuances dans la détermination du « demandeur à la preuve ». Contrairement à ce qu'une interprétation procédurale de l'article 1315 pourrait laisser croire, celui-ci n'est pas obligatoirement le demandeur à l'instance.

Déjà, M. Motulsky éclairait cette distinction en précisant qu'il convient de différencier la charge juridique et la charge effective

(3) R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil*, L.G.D.J. 1955.

(4) E. Martin, in 5^e éd. Aubry et Rau, T. XII, § 749.

(5) V. notamment F. Boulanger, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1966, p. 736.

de la preuve (6). Le demandeur à l'instance peut fort bien ne conserver que la première, la seconde, dissociée, reposant sur le défendeur qui devient, de ce fait, « demandeur à la preuve ».

Toutes ces interprétations montrent à l'évidence que la règle de l'article 1315 ne saurait être examinée sans nuances, ni, a fortiori, transposée dans le contentieux administratif sans un examen sérieux.

L'interprétation moderne des règles sur la charge de la preuve doit tenir compte des règles de fond du litige et de la nature des allégations respectives des parties. La charge de la preuve ne saurait donc être trop strictement attachée à la personne du demandeur à l'instance. Il faut dissocier les qualités de demandeur « à l'instance » et de demandeur « à la preuve », celle-ci passant alternativement de l'un à l'autre.

B) *Déclin du principe de neutralité du juge civil.*

Dans une thèse récente, M. Normand (7) montre comment l'office du juge civil évolue vers plus de liberté dans l'examen des problèmes de preuve et la direction de l'instruction.

Ces tendances viennent de recevoir une confirmation légale avec les textes qui instituent le juge des mises en état des causes et précisent l'étendue de ses pouvoirs dans la recherche de la vérité (8).

Quelle que soit la qualification, encore controversée, de la nature juridique exacte des pouvoirs de ce juge, il apparaît, à la lecture du décret de 1965, qu'il pourra diriger effectivement la procédure et aura le pouvoir « d'ordonner aux parties la production de toutes pièces utiles, sauf au tribunal à tirer toutes conséquences d'une abstention ou d'un refus » (9).

N'y a-t-il pas là l'amorce d'un pouvoir de type inquisitoire de nature à ruiner définitivement la thèse de la neutralité du juge au regard de la preuve et à promouvoir juridiquement l'obligation faite au défendeur de collaborer à la recherche de la vérité ?

Quels qu'en soient les motifs, un rapprochement est donc en train de s'établir entre la procédure civile et la procédure administrative. Mais c'est aujourd'hui par une adaptation des règles de la première aux principes de la seconde.

On voit mal, dans ces conditions, comment il serait possible d'expliquer la charge de la preuve administrative par la transposition d'une règle contestée par une partie de la doctrine et remise partiellement en cause par le législateur.

(6) M. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1947.

(7) J. Normand, *Le juge et le litige*, L.G.D.J. 1965, p. 354 et s.

(8) Décret du 13 octobre 1965, D.S. 1965, III 195, J.D. Bredin.

(9) Article 81, al. 1.

Au surplus, une transposition intégrale des règles civilistes de la charge de la preuve conduirait le juge administratif à des solutions peu équitables.

§ II — *Les limites d'application de la règle « actori incumbit probatio », dans le contentieux administratif.*

En droit civil la position des parties à l'instance est la conséquence de leurs initiatives ante-judiciaires dans la formation du litige. Dans le procès administratif, le particulier, en règle générale, est demandeur, quelles que soient l'origine et la nature des prétentions qui ont entraîné la situation litigieuse. Le juge administratif doit corriger les conséquences qui peuvent résulter des distorsions entre l'initiative réelle du litige et le mécanisme de liaison de l'instance. Cette correction intervient dès le début de l'instance, c'est-à-dire à l'occasion de l'examen de la recevabilité de la requête.

Une transposition sans nuance de l'article 1315 du Code Civil imposerait au particulier de faire toujours la preuve de la recevabilité de son pourvoi. L'attitude du juge administratif n'est pas aussi sévère.

A) Certes, le juge doit toujours vérifier que les pièces dont dépend la recevabilité existent, et il s'adressera normalement au requérant pour obtenir cette preuve. Toutefois l'obligation d'examiner la recevabilité du pourvoi n'a pas que des conséquences défavorables pour le requérant.

Il a été jugé que, lorsque la recevabilité de la requête d'un maire était subordonnée à l'existence d'une délibération du conseil municipal l'autorisant à représenter la commune (10), celle d'un gérant de S.A.R.L. ou d'un syndicaliste à l'existence d'un mandat, la *production* de ces pièces n'avait pas à être effectuée spontanément par le requérant (11). Un tribunal administratif ne saurait légalement rejeter *de plano* un mémoire ou une requête non assortie des justifications nécessaires ; il doit, au contraire, inviter son auteur à les produire. Les conditions de recevabilité étant généralement d'ordre public, le juge ne pourra les soulever d'office qu'après avoir donné au requérant la possibilité d'une régularisation.

B) D'autre part, l'examen de la recevabilité d'un pourvoi porte souvent sur des formalités : publication, notification. La charge de la preuve de ces formalités incombe à l'administration. « Il appartient à l'administration qui invoque une forclusion d'établir que celle-ci est encourue en justifiant que la publicité qui fait courir le délai de recours a effectivement été effectuée » (12).

(10) C.E. 26 juin 1959, Syndicat Algérien de l'éducation surveillée, A.J.D.A. 1959 II, pp. 157 et 265.

(11) C.E. 26 février 1960, Soc. Générale d'installation électrique, p. 155. C.E. 11 février 1966, Denis, p. 104.

(12) T.A. Paris, 17 janvier 1967, p. 539, A.J.D.A. 1968, p. 121.

Cette solution existe aussi bien lorsque c'est le ministre qui oppose une fin de non-recevoir que lorsque le juge a des doutes sur la recevabilité de la requête (13).

En particulier, il faut observer que, lorsque le requérant se prévaut d'une décision implicite de rejet sans pouvoir établir le contenu de la requête qu'il prétend avoir adressée à l'administration, le juge accepte libéralement que soit seulement produit le reçu de la poste attestant, par exemple, l'envoi d'une lettre recommandée. Le juge présume alors que le plaideur avait bien adressé une demande à l'administration, et c'est à celle-ci de combattre cette présomption en produisant la lettre de l'administré.

Par extension, la charge de la preuve de l'accomplissement régulier des formalités administratives, qui conditionne l'admission au fond du litige, repose également sur l'administration, dès lors que l'existence de ces formalités est contestée utilement par le requérant. C'est ce qui ressort des formules utilisées par le juge : « considérant qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier soumis au Conseil d'Etat que l'intéressé ait, avant réception de la lettre, été informé par le Gouvernement... » (14).

Ainsi une transposition intégrale des règles de l'article 1315 du Code Civil créerait, au profit de l'administration, une présomption générale de légalité en faisant peser exclusivement sur le requérant, demandeur à l'instance, le fardeau des preuves. Une telle vision civiliste de l'instance en excès de pouvoir conduirait, en d'autres termes, le juge à reprocher à l'administré de n'avoir pas prouvé l'*illégalité* de l'action de l'administration, sans jamais faire grief à celle-ci de n'en avoir pas établi la *légalité*.

Comme le juge de la légalité saisi d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours en cassation, le juge de plein contentieux corrige, au niveau de la recevabilité, ce qu'une transposition sans nuance des principes civilistes pourrait avoir d'excessif. Mais la ressemblance s'arrête là. L'inégalité des parties étant moins marquée, voire absente, rien ne s'oppose à ce que la règle de l'article 1315 soit ensuite utilisée pour déterminer dans quel sens devra s'exercer la présomption en cas d'insuffisance des preuves, compte tenu de la répartition du fardeau de la preuve opérée par le juge au cours de l'instruction.

An contraire, les principes mis en œuvre par le juge de la légalité sont beaucoup moins marqués par l'influence du droit commun.

Tout dépend des résultats de l'instruction.

SECTION II. - L'INSTRUCTION PERMET AU JUGE D'ETABLIR SA CONVICTION. (PREMIERE HYPOTHESE).

C'est généralement le cas.

(13) C.E. 12 novembre 1955, Grip et autres, p. 538.

(14) C.E. 2 février 1966, Sieur Torrès, p. 70 ; C.E. 10 février 1965, Sieur Morati, p. 91.

Lorsque la preuve « résulte de l'instruction » ou des « pièces du dossier », le juge a tendance à considérer que cette preuve est le résultat de son intervention, de la pression exercée alternativement sur les parties au cours de l'instruction. L'obligation faite aux plaideurs de produire des preuves au gré des développements de l'instruction demeure, mais le problème précis de la « charge » de la preuve, au sens civiliste, est modifié par l'intervention du juge.

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'action du juge sur les preuves est directe. L'inégalité des parties est tellement aggravée que toute idée d'explication de la charge de la preuve par une référence, même implicite, à l'article 1315 du Code Civil nous paraît exclue, lorsque la conviction du juge « résulte de l'instruction ». La charge de la preuve est alors « neutralisée » par l'intervention du juge (§ I).

Dans le contentieux de pleine juridiction, le fardeau de la preuve est réparti entre les plaideurs. Pour cela, le juge utilise souvent le détour d'une présomption en agissant sur le fond du droit. Ce faisant, le juge du plein contentieux n'écarte pas totalement les règles du droit civil, mais s'efforce d'en corriger l'application pour ne pas trop défavoriser le particulier demandeur (§ II).

§ I — *La « neutralisation » de la charge de la preuve dans le contentieux de l'excès de pouvoir.*

L'examen des formules utilisées par le juge ne saurait autoriser des conclusions trop absolues ; il révèle néanmoins des tendances qui ne se réduisent pas à de pures clauses de style.

A) Sauf erreur de plume, la formule « considérant qu'il résulte de l'instruction », ou des « pièces versées au dossier », caractérise le contentieux de l'excès de pouvoir. Son utilisation a cependant donné lieu à diverses interprétations qui en soulignent le caractère ambigu par comparaison avec le « considérant que le requérant n'établit pas », qui indique sans équivoque l'obligation du demandeur (15).

1) Pour M. Pactet, « s'il s'agit de rejeter les prétentions émises par une partie et plus spécialement par le demandeur, le Conseil d'Etat n'hésite pas à faire application de la règle générale et à déclarer que la charge de la preuve incombait au requérant. Par contre, s'il s'agit de prendre une décision portant condamnation ou annulation, il n'estime pas nécessaire de faire état des preuves produites devant lui par l'une ou l'autre partie, il se contente de viser l'instruction dont résulte le jugement ».

Pour M. Debbasch, la formule « le requérant n'établit pas que », « n'est employée par le Conseil d'Etat que lorsque le requé-

(15) P. Pactet, thèse précitée, p. 88 ; Ch. Debbasch, thèse précitée, p. 382.

rant ne présente manifestement aucune preuve valable à l'appui de son recours ».

2) Ces interprétations ne paraissent pas entièrement corroborées par la jurisprudence actuelle.

Le Conseil d'Etat n'hésite pas à dire que les faits allégués par le demandeur sont inexacts si cela résulte de l'instruction. Le juge vise l'instruction aussi bien pour rejeter la demande que pour y faire droit. En d'autres termes, l'utilisation de la formule « considérant qu'il résulte de l'instruction » n'implique aucune prise de position du juge de la légalité quant à la charge de la preuve. Elle indique seulement que le juge est parvenu à une certitude dont l'administration ou le requérant peuvent bénéficier selon les espèces (16).

A l'inverse, l'utilisation de la formule « considérant que le requérant n'établit pas que » caractérise une situation différente. Elle signifie que ce que soutient le requérant est peut-être exact, mais n'a pas été prouvé. Du même coup, l'obligation de preuve pesant sur le requérant apparaît alors très explicitement.

Ces deux formules ne sont pas contradictoires, simplement, et sauf exception, elles caractérisent, l'une le contentieux de l'excès de pouvoir, l'autre celui des droits.

Ce n'est que dans le premier cas qu'il est possible de parler d'une neutralisation, par le juge, de la charge de la preuve.

B) Lorsque la conviction du juge « résulte de l'instruction », la détermination de la charge de la preuve a dépendu de l'attitude du juge au cours de cette instruction. Or, on sait qu'il répartit très librement ce fardeau de la preuve, au gré des développements du procès.

Il tient compte, en effet, non seulement des difficultés de preuve rencontrées par les parties et de la précision des éléments de conviction qu'elles fournissent, mais aussi de la nature des preuves recherchées et de la qualité du pouvoir exercé par l'administration (v. supra, Chapitre Premier).

« Le juge de l'excès de pouvoir dirige très librement l'instruction, s'adressant *indifféremment* à celle des parties dont il espère obtenir les éléments d'information qui lui font défaut » (17).

Peut-on, dans ces conditions, parler de charge de la preuve et d'action du juge allégeant ou transférant le fardeau qui en découle ?

Certes, lorsque le juge participe à la recherche des preuves, c'est généralement (mais pas toujours) vers l'administration qu'il

(16) V. par exemple: C.E. 19 janvier 1966, Elections municipales d'Etrepigny, p. 975 ; C.E. 7 janvier 1966, Elections municipales de Sainte-Colombe (cf. R.D.P. 1966, p. 620) ; C.E. 24 février 1956, Sieur Seurot, p. 91: « il résulte de l'instruction que les faits (motivant une décision d'expulsion) ne sont pas matériellement inexacts ».

(17) Concl. Galmot, précitées, R.D.P. 1966, p. 584. (C'est nous qui soulignons.)

se tourne. Celle-ci ne détient-elle pas en effet, le plus souvent, les éléments de preuve utiles à la formation de sa conviction ? Le caractère unilatéral de cette recherche peut naturellement être interprété comme un transfert au défendeur du fardeau de la preuve qui pèserait normalement sur le demandeur, comme c'est le cas en droit privé.

Mais cela s'explique seulement par la position privilégiée de l'administration à l'instance. En réalité, la part du fardeau des preuves qui repose sur le demandeur tend à se réduire à l'obligation de fournir une allégation sérieuse. L'intervention du juge administratif a pour effet de dissocier l'allégation qui constitue la charge normalement exigée des plaideurs, et en premier lieu du requérant, de la preuve de l'exactitude ou de l'inexactitude de ces allégations qui apparaîtra ensuite au cours des développements de l'instruction.

Tantôt l'instruction permet au juge de vérifier le bien-fondé des allégations du demandeur ou de celles que lui oppose l'administration. Tantôt elle le convainc de leur inexactitude. Dans les deux cas il n'est pas exagéré de dire que la preuve résulte de l'instruction.

La question essentielle que se pose alors le juge administratif est beaucoup plus « de quoi dois-je être convaincu ? » que l'interrogation habituelle « qui doit prouver ? ».

On voit par là que l'approche du problème de la charge de la preuve dans le contentieux de l'excès de pouvoir ne peut pas, lorsque le juge est convaincu par les résultats suffisants de l'instruction, être identique à la méthode suivie en droit privé.

L'analyse classique, qui consiste à dire que le juge administratif applique *d'abord* le principe général attribuant la charge de la preuve au demandeur pour lui apporter *ensuite* tempéraments ou dérogations, n'est pas entièrement satisfaisante.

Parler d'un transfert de la charge de la preuve, c'est reconnaître implicitement du même coup que le juge administratif modifie une situation dans laquelle une des deux parties supportait, au départ, l'essentiel du fardeau de la preuve.

L'examen de la jurisprudence qui ne laisse au requérant que la charge de l'allégation assortie de commencements de preuve appréciés plus ou moins libéralement n'autorise pas une telle transposition des règles civilistes.

Lorsque l'instruction suffit à entraîner la conviction du juge, ce dernier neutralise le problème du fardeau de la preuve beaucoup plus qu'il ne déroge à une règle qui attribuerait au demandeur la charge initiale de la preuve.

La situation n'est pas la même dans le plein contentieux.

§ II — *La répartition du fardeau de la preuve dans le contentieux de pleine juridiction.*

Dans le contentieux de pleine juridiction, l'intervention du juge a pour effet d'aménager les règles de fond du litige dans un sens favorable à l'une ou l'autre des parties, beaucoup plus que de participer directement à la recherche des preuves exigées pour la reconnaissance du droit contesté. Dans ces conditions, et quelle que soit l'importance, souvent grande, de l'instruction, il n'est pas possible de parler d'une « neutralisation » de la charge de la preuve.

Il paraît plus adéquat, au contraire, de voir dans l'action du juge un aménagement ou une dérogation apportée au principe général d'après lequel la charge de la preuve incombe au requérant, et dont l'emploi du « considérant que le requérant n'établit pas que » rend très exactement compte.

Cette action du juge sur la charge de la preuve est susceptible de revêtir plusieurs formes.

A) *Modification du régime des preuves par une action sur le fond du droit.*

C'est généralement par une transformation de l'objet de la preuve que le juge influe sur la répartition du fardeau de la preuve (18).

1) *Le contentieux fiscal* est certainement un de ceux dans lesquels la liberté du juge est la plus réduite et où l'attribution de la charge de la preuve est le plus grave. En matière fiscale, la solution d'un litige dépend essentiellement de la charge de la preuve (19).

Un exemple tiré du contentieux des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaire montre néanmoins comment le juge fiscal peut atténuer les exigences légales du Code Général des Impôts en matière de preuve.

En principe, la déclaration du contribuable fait foi jusqu'à preuve du contraire. Si l'administration a des doutes quant à la sincérité de la déclaration, elle pourra la vérifier et, éventuellement, notifier une rectification au contribuable.

En cas de désaccord, la charge de la preuve dépend de l'avis de la Commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaire (20).

Si la rectification n'est pas conforme à cet avis, l'administration conserve la charge de prouver l'exactitude de son évaluation

(18) V. *supra*, pp. 82 et s.

(19) M. Zaquin, *La preuve en droit fiscal*, in *Revue de Droit Fiscal*, 1958 N° 27 bis ; M. Deruel : *La preuve en matière fiscale*, Thèse dactyl. Paris, 1962.

(20) Article 1649 quinquies A du C.G.I.

par tous les moyens, c'est-à-dire essentiellement à l'aide de documents comptables.

Si, au contraire, la taxation est conforme à l'avis de la Commission Départementale, le contribuable devra, pour obtenir une réduction d'imposition, adresser une réclamation au Directeur des Impôts et saisir ensuite éventuellement le tribunal administratif devant lequel il supporte alors la charge de la preuve.

Que doit-il prouver ?

Traditionnellement, l'article 55 ancien du C.G.I. exigeait que le contribuable fit la preuve du chiffre *exact* de ses revenus, preuve difficile. En fait, la jurisprudence admettait, même sous le régime de l'article 55, que la preuve de l'*exagération* de la base d'imposition contestée pouvait suffire (21).

Cette interprétation du juge, allégeant le fardeau de la preuve pesant sur le contribuable, devait finalement être confirmée par le décret du 30 avril 1955 et par les dispositions actuelles du Code.

2) *Le contentieux de la responsabilité* offre également des exemples d'atténuation, par le juge, de la charge de la preuve pesant normalement sur le requérant.

L'obligation de preuve pesant sur la victime d'une opération de police n'est pas la même selon l'état de la jurisprudence. Celle-ci, après avoir admis l'irresponsabilité totale des services de police, exige maintenant, selon la nature de l'opération, la preuve de fautes simples, lourdes, voire d'une particulière gravité — ou restreint, au contraire, ses exigences pour se rapprocher d'une théorie du risque (22).

B) *La modification du régime des preuves par l'utilisation d'une présomption.*

La répartition du fardeau de la preuve résulte alors, non plus de la modification de l'objet de la preuve, mais de son déplacement dans des limites compatibles avec la pertinence de l'offre de preuve (v. *supra*, pp. 79 et s.).

Généralement, c'est la loi qui autorise cette substitution, à la preuve du fait générateur du droit en cause, de la preuve d'un fait voisin dont on induira légalement la preuve du fait générateur.

Ainsi, le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre organise plusieurs présomptions légales d'imputabilité d'accidents au service (23).

Mais il existe aussi des présomptions d'origine jurispruden-

(21) V. par ex.: C.E. 8 décembre 1958, D. Fiscal 1959 n° 27, concl. Pousière ; C.E. Section, 11 mars 1966, Droit Fiscal 1967 N° 10, concl. Mehl.

(22) V. jurisprudence Tomaso-Gréco / Lecomte / Franquette et Daramy, Les G.A. pp. 57 et 316 (4^e éd.).

(23) Art. 43 et 45 (présomption légale d'imputabilité du décès à l'affection pensionnée). C.S.C.P. 15 décembre 1967, Dame Vve Benoit, p. 507.

tielle. On rappellera l'évolution intervenue en matière de responsabilité hospitalière et de vaccinations, par laquelle le juge applique maintenant une théorie du risque déguisée où la présomption d'imputabilité joue un rôle prépondérant (v. supra p. 103).

C'est aussi par une présomption ouvertement favorable à la victime d'un dommage de travaux publics que se traduit la jurisprudence qui dispense l'usager ou le tiers d'établir le défaut d'entretien de l'ouvrage. C'est à l'administration de renverser cette présomption en prouvant qu'elle a normalement entretenu l'ouvrage public incriminé (24).

Toutes ces hypothèses aboutissent, par le biais d'un aménagement ou d'un déplacement de l'objet de la preuve, à alléger ou à modifier la charge de la preuve. Mais, dans tous les cas, la règle attribuant au demandeur la charge *initiale* de la preuve n'est pas remise en cause. Elle constitue un principe que le juge infléchira ensuite par une répartition adéquate du fardeau de la preuve.

Il n'est pas possible ici, à l'inverse de ce qui se passe dans le contentieux de la légalité, de parler de neutralisation de la charge de la preuve, mais simplement d'une répartition plus classique des preuves entre les plaideurs.

SECTION III. — L'INSTRUCTION NE PERMET PAS AU JUGE DE FORMER SA CONVICTION. (DEUXIEME HYPOTHESE).

Quels que soient les résultats de l'instruction, le juge est obligé de rendre sa décision, sous peine de commettre un déni de justice. Il ne faut pas croire que le juge administratif parvienne toujours à un degré de conviction suffisant pour dégager avec certitude les éléments de fait, sinon de droit, nécessaires à la solution du litige.

Lorsque le juge rend sa décision sans être intimement convaincu par les résultats de l'instruction, lorsque les preuves recherchées « ne résultent pas de l'instruction », il faut bien qu'à défaut d'une conviction positive favorable à l'une des parties il puisse s'appuyer sur des règles qui désignent quel est le plaideur qui doit perdre le procès. Il faut bien, en d'autres termes, que le juge puisse imputer à l'une des deux parties ce *risque* d'une insuffisance des preuves produites au cours de l'instruction.

Le problème de la charge de la preuve réapparaît alors sous cet aspect, assez particulier, d'une présomption dont l'une des parties doit bénéficier, et l'autre non, en cas d'insuffisance de la production des preuves.

Une transposition pure et simple des principes du Code Civil signifierait que cette imputation du risque de la preuve se fait normalement au détriment du demandeur.

C'est bien ce qui se produit dans le recours de pleine juridiction, où rien ne s'oppose à ce que la règle de l'article 1315 soit mise

(24) C.E. 11 avril 1962, Dame Raveloarisoa, Rec. Lebon, Tables, 1955-64, p. 656.

en œuvre dès lors que le juge en a corrigé l'application au cours de l'instruction. Si les résultats de l'instruction ne permettent pas au juge de fonder sa conviction, l'imputation du risque de la preuve s'effectuera alors normalement en fonction de la règle attribuant au demandeur la charge de la preuve.

Les solutions appliquées par le juge de la légalité sont beaucoup plus originales et beaucoup plus éloignées de l'application des règles du droit civil.

Il est, certes, exact de dire que, dans de nombreux cas, la requête est rejetée car le juge n'a pas été convaincu de l'illégalité de l'acte attaqué. La présomption joue alors en faveur de l'administration défenderesse, conformément à la théorie générale de la charge de la preuve.

Mais, dans bien des cas, qui tendent actuellement à se multiplier, le doute bénéficie au requérant, la légalité n'apparaissant pas au terme de l'instruction. C'est alors à l'administration qu'est imputé le risque de la preuve, dès lors que la légalité de sa décision a été utilement contestée.

A partir de la charge de l'allégation qui constitue le minimum exigible de la part du requérant, on peut donc distinguer deux régimes de la charge de la preuve, dans lesquels c'est, tantôt l'administration, tantôt le particulier qui supportent le risque de la preuve.

Il serait vain de vouloir systématiser la jurisprudence très nuancée que ces deux grandes tendances partagent, pour obtenir cette classification « des familles naturelles de litiges » qui préoccupait tant Martin. Sous réserve de cette observation, une explication peut être tentée à partir de l'examen de la nature de l'acte attaqué et de l'initiative pré-juridictionnelle du litige. La combinaison de ces deux critères indique avec assez de précision dans quel sens s'exerce la présomption lorsque la conviction du juge n'est pas faite.

Dans le contentieux de la légalité, la charge de la preuve dépend très largement de la nature de l'acte attaqué et de l'étendue du contrôle juridictionnel.

Lorsque l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire, le juge a tendance à considérer que c'est au requérant à établir l'illégalité de la décision contestée et considère, en cas de doute, que l'administration doit bénéficier d'une présomption de légalité. La requête est rejetée chaque fois que l'*inexactitude* des faits invoqués par l'auteur de l'acte ne ressort pas des pièces du dossier.

Au contraire, lorsque la puissance publique doit respecter, dans son action, une condition légale précise, contrôlée par le juge (contrôle de qualification juridique des motifs de fait), la tendance est inverse. Le juge attend plus la justification de la légalité des motifs invoqués par l'auteur de l'acte que la démonstration de l'illégalité de la décision dont il est saisi.

Cette première distinction ne prend toute sa valeur que si elle

est combinée avec celle qui résulte du critère tiré de l'initiative réelle du litige (25).

Bien que ce ne soit pas toujours aisé, il est généralement possible de déterminer qui, de l'administration ou du particulier, a mis en cause le statu quo et contribué ainsi à faire naître le litige. (Une décision de refus ne saurait, par exemple, s'analyser comme une décision de retrait.)

La distinction paraît plus importante lorsque l'administration ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire (§ I) que lorsqu'elle exerce un tel pouvoir (§ II).

§ I — *L'administration n'exerce aucun pouvoir discrétionnaire.*

En principe, elle ne supportera le risque d'une insuffisance de preuve que lorsqu'elle est à l'origine de la prétention d'où est ensuite né le litige.

A) *L'administration a pris l'initiative de la prétention qui a donné naissance au litige.*

La conjonction de deux éléments explique le fardeau de preuve qu'elle supporte alors.

L'administration a pris, de son propre chef ou à la demande d'un tiers, une initiative. Elle doit donc être à même de la justifier. Or cette exigence n'est pas purement formelle car, précisément, le juge exerce un contrôle suffisant pour exiger cette justification. En effet, les textes qui autorisent l'action administrative prévoient le respect de conditions contrôlées par le juge et qui deviennent autant d'obligations de preuve à la charge de l'administration. On le constate dans plusieurs domaines.

1) *En matière disciplinaire.*

Le juge recherche l'existence du fait de nature à justifier légalement la sanction et annule la mesure chaque fois que la condition légale n'apparaît pas (26).

Si l'administration ne justifie par aucune précision les motifs qu'elle invoque (27) ou si, a fortiori, elle s'est abstenue de motiver la sanction prononcée (28), celle-ci est annulée.

L'annulation est également certaine si l'existence des faits sur lesquels repose le grief qui a motivé la sanction « n'est corroborée par aucune des pièces du dossier » (29).

Parfois encore, le juge est plus explicite et reproche au ministre « qui ne corrobore pas par des présomptions sérieuses le grief

(25) Sur cette distinction, v. *supra*, p. 120.

(26) C.E. Assemblée, 27 octobre 1961, Bréart de Boisanger, p. 595, concl. Henry.

(27) C.E. 18 mai 1966, Sieur Ferréol, p. 333.

(28) C.E. Section, 28 mai 1965, Delle Riffault, A.J.D.A. 1965 II 622.

(29) C.E. 23 avril 1965, Dame Vve Ducroux, D.S. 1965 II 845.

retenu, de n'avoir pas apporté la preuve qui lui incombait de l'exactitude dudit grief » (30).

Dans toutes ces hypothèses, quelles que soient les formules utilisées par le juge, dès lors que l'illégalité du motif est alléguée par le requérant, c'est de l'administration que le juge attend la justification de la légalité de ses actes.

Cette jurisprudence, qui dissocie le demandeur à l'instance et le demandeur à la preuve, s'étend à d'autres contentieux où la légalité de l'acte est subordonnée à des conditions de fait dont le juge contrôle l'existence et la qualification juridique.

2) *C'est le cas en matière de police*, chaque fois que le juge apprécie si l'action critiquée était justifiée par l'existence d'une menace pour l'ordre public.

« S'il n'est pas établi que les troubles invoqués se soient en réalité produits », la décision attaquée repose sur des faits inexacts et doit être annulée (31).

De même, l'interdiction discriminatoire du commerce des huîtres durant la saison chaude, faite par le Préfet de Paris aux commerçants des Halles, est annulée car « le préfet ne justifie, ni par un motif d'intérêt général, ni par une différence de situation entre les intéressés, la discrimination qu'il a faite entre les professionnels de ce commerce... » (32).

Enfin l'arrêté du préfet interdisant une publicité par projection lumineuse sur les nuages est annulé puisque « il ne résulte pas de l'instruction que, dans les circonstances de l'espèce, la nécessité d'assurer la liberté et la sécurité de la circulation (distraction éventuelle des automobilistes et des piétons... !) ait justifié la mesure prononcée » (33).

L'attitude du juge n'est pas différente lorsque l'administration invoque des circonstances exceptionnelles, soit comme condition d'application d'un texte d'exception (34), soit pour justifier l'atteinte portée à un principe qu'elle aurait normalement dû respecter.

Ainsi, la création d'une juridiction d'exception excluant toute voie de recours, par une ordonnance référendaire prise en vertu de la loi du 13 avril 1962 est illégale dès lors « qu'il ne résulte pas de l'instruction que... la création d'une telle juridiction d'exception fût nécessitée par l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 » (35).

De même, une mise en congé spécial, intervenue en vertu d'une

(30) C.E. 16 juin 1965, Morin, p. 355 ; C.E. 8 juin 1966, Banse, p. 1067 (Somm).

(31) C.E. 6 novembre 1964, Ville d'Ivry-s/Seine, A.J.D.A. 1965 II, 168, J. Moreau.

(32) C.E. 19 février 1964, Soc. Maison Yvonne, A.J.D.A. 1964, p. 501.

(33) C.E. Section, 15 décembre 1961, Chiaretta, p. 709.

(34) C.E. Section, 31 janvier 1958, Ch. Syndicale du commerce d'importation en Indochine, p. 63.

(35) C.E. Assemblée, 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, précité.

mesure prise en application de l'article 16 de la Constitution, est annulée au motif « qu'à la date de la décision attaquée il n'existait aucune circonstance exceptionnelle de nature à rendre impossible l'observation... (des formalités de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905) » (36).

3) Que se passe-t-il lorsque le ministre prend l'initiative de *retirer un titre* précédemment octroyé ? La loi soumettant l'exercice de ce pouvoir au respect de conditions précises, le ministre doit prouver que l'intéressé auquel il retire le titre précédemment conféré ne remplit plus les conditions légales exigées pour l'octroi ou le maintien de ce titre. (Cette preuve peut être compliquée si la décision recognitive initiale a créé des droits au profit de l'intéressé.)

Le ministre des Anciens Combattants, qui a rapporté une décision attribuant le titre de déporté-résistant, voit sa décision annulée « s'il ne peut, dans les circonstances de l'espèce, être regardé comme établissant, ainsi qu'il lui incombe de le faire, que l'intéressé n'ait pas été arrêté, puis déporté, pour des faits de résistance » (37).

Le texte qui permet au ministre de rapporter une décision reconnue ultérieurement mal fondée (38) permet au juge d'attendre que soit établi l'erreur initiale ou l'élément d'information nouveau autorisant le retrait.

En matière de déchéance d'office de la nationalité française, le Code de la Nationalité prévoit plusieurs conditions qui conduisent le Conseil d'Etat à attendre de l'administration la preuve des faits de nature à motiver la mesure de déchéance.

Si les faits retenus par l'autorité ne sont pas corroborés par les pièces du dossier, ou établis par l'instruction, la preuve n'est pas faite et le risque de cette situation est imputé à l'administration. Le doute profite ici au requérant (39).

B) *L'administration n'a pas pris l'initiative de la prétention qui a donné naissance au litige.*

La *tendance* est alors inversée.

Les deux éléments dont nous remarquons plus haut la conjonction sont maintenant séparés. Le contrôle juridictionnel inclut toujours la vérification de la condition légale exigée par les textes, mais cette fois-ci c'est l'administré qui s'en prévaut dans sa demande. Il lui incombe donc d'établir qu'il satisfait à cette condition.

Le particulier qui sollicite l'attribution d'un titre, la délivrance d'une autorisation, l'octroi d'un statut, ou qui conteste le béné-

(36) C.E. Assemblée, 23 octobre 1964, d'Oriano, A.J.D.A. 1964, p. 704.

(37) C.E. Section, 29 novembre 1963, Perazzini, A.J.D.A. 1964, p. 38.

(38) Article L 319 bis, Code des Pensions Militaires.

(39) C.E. Ass. 20 mars 1964, Sieur et Dame Konarkowski, p. 197 ; C.E. 15 février 1957, Rabus, p. 107.

fice qu'a pu en retirer un tiers, supportera le risque de la preuve si, au terme de l'instruction, le juge n'est pas convaincu de la justesse d'une des deux thèses en présence.

Le postulant à l'exercice d'une profession dont l'accès est soumis à certaines conditions doit justifier qu'il remplit les conditions exigées ou que les motifs d'une dérogation accordée à un tiers sont entachés d'illégalité (40).

Même lorsque l'intéressé ne peut se prévaloir d'un véritable droit, il doit justifier sa prétention (contestation de la régularité d'un statut, d'une notation, d'une décision d'avancement) (41).

Il résulte de tout ce qui précède que, dans la mesure où le juge contrôle l'existence de conditions légales, il aura tendance, en cas de doute, à considérer que c'est à celui qui les invoquait de supporter le risque de la preuve.

§ II — *L'administration exerce un pouvoir discrétionnaire.*

La distinction des décisions qui sont nées de son initiative et des mesures qu'elle a prises (ou refusé de prendre) à la suite d'une demande de l'intéressé, a alors beaucoup moins d'intérêt pour l'imputation du risque de la preuve.

Des deux éléments dont nous observions tout à l'heure la présence le principal fait maintenant défaut : la recherche et le contrôle par le juge d'une condition légale précise, prévue par un texte.

A) *La distinction tirée de l'initiative ante-judiciaire du litige a moins d'importance.*

En cas d'insuffisance des preuves rapportées au cours de l'instruction, il importe peu au juge de savoir qui avait pris l'initiative du litige. S'il ne résulte pas de l'instruction que les faits invoqués par l'administration sont matériellement inexacts, entachés d'erreur de droit ou d'erreur manifeste, si le détournement de pouvoir n'est pas établi, cette insuffisance de preuves profite à l'autorité administrative.

Cette solution se vérifie dans les deux sens, c'est-à-dire aussi bien pour une demande du particulier que pour une initiative de l'administration.

Un refus opposé à une demande d'agrément n'est pas annulé si le requérant n'apporte pas la preuve de l'inexactitude matérielle des faits retenus par l'administration à l'appui de ce refus (42).

Les décisions de refus d'inscription sur la liste de notoriété médicale n'ont pas à être motivées par les commissions départe-

(40) C.E. 15 juillet 1964, Min. de la Santé Publique c/Lalo, A.J.D.A. 1965 II 125, concl. Braibant ; C.E. 11 octobre 1961, Union des Sociétés de Secours Mutuel de l'Allier « La Bourbonnaise », A.J.D.A. 1962 II 378.

(41) C.E. Assemblée, 7 janvier 1966, Féd. Gén. des Syndicats Chrétiens de Fonctionnaires, p. 17 ; C.E. 2 novembre 1966, Delle Jacob, p. 580.

(42) C.E. 14 juin 1967, Santucci, p. 251, concl. Bernard.

mentales ; en conséquence, la requête est rejetée « s'il ne ressort pas des pièces du dossier que les appréciations de la commission paritaire étaient... (inexactes) » (43).

Le retrait d'autorisation discrétionnaire d'une association étrangère (44), l'interdiction d'écrits étrangers (45), une sanction administrative (46) sont autant de mesures présumées légales si l'inexactitude matérielle des faits sur lesquels elles reposent ne ressort pas des pièces du dossier (47).

En cas de pouvoir discrétionnaire, la limitation du contrôle juridictionnel crée une présomption favorable à l'administration si, à la clôture de l'instruction, le doute subsiste.

Ainsi les sanctions administratives sont des mesures de police discrétionnaires, souvent prévues par des textes d'exception qui permettent à l'autorité de police d'agir à l'encontre de personnes « suspectes ». L'administration n'a pas à prouver une culpabilité que la loi n'exige pas ; elle doit seulement justifier son appréciation de *suspect*, ce qui est beaucoup plus léger (48).

En fait, comme le rappelait M. le Commissaire du Gouvernement Chardeau, « s'agissant d'une mesure de police (discrétionnaire), c'est bien au requérant qu'il appartient de prouver que l'administration s'est fondée sur des faits matériellement inexacts » (49).

En cas de doute, le requérant sera donc débouté (50).

Mais cette rigueur est tempérée par l'intervention éventuelle du juge au cours de l'instruction. Il faut rappeler que c'est précisément dans le domaine du pouvoir discrétionnaire que la jurisprudence Barel s'est développée. La solution de fermeté dont nous venons de parler n'est maintenue, en définitive, que dans les hypothèses où l'instruction n'a pas suffi à renverser la présomption favorable à l'administration.

Le rôle des parties dans la formation du litige a déjà été pris en considération par le juge dans sa décision d'intervenir éventuellement dans le contrôle des motifs de l'action administrative (v. *supra* p. 120 et s.).

La distinction tirée de l'initiative du litige est donc, ici, sans utilité pour l'imputation du risque de la preuve.

(43) C.E. Section, 24 avril 1964, S. Delahaye et S. Villard (2 espèces), A.J.D.A. 1964, p. 303 et p. 314.

(44) C.E. Section, 22 avril 1955, Assoc. Franco-Russe Rousky-Dom, Rev. Adm. 1955, p. 404, concl. Heumann.

(45) C.E. Section, 4 juin 1954, Joudoux et Riaux, p. 346 ; C.E. 17 décembre 1958, Soc. Olympia Press., D.S. 1959, p. 175, concl. Braibant.

(46) C.E. Section, 12 février 1964, Manville, p. 118.

(47) V. aussi : remembrement : C.E. 15 juillet 1964, Dame Vve Denis, A.J.D.A. 1964, p. 720, B.P.

— domaine public : C.E. 29 novembre 1961, Madec, A.J.D.A. 1962, p. 242, J.D. ; T.A. Nantes, 24 mars 1961, Commune de St-Brévin-les-Pins, p. 784.

(48) C.E. 13 novembre 1964, Min. de l'Intérieur c/Sieur Livet, A.J.D.A. 1965 II 365.

— (49) C.E. Assemblée, 30 janvier 1959, Grange, p. 85.

(50) V. par exemple : C.E. Section, 22 avril 1966, Min. de l'Intérieur c/S. Tochou.

B) *La distinction essentielle demeure celle de la nature du pouvoir exercé par l'administration.*

L'arrêt Cardinael du 18 mars 1955 confirme l'importance de ce clivage. Il mérite d'être cité in extenso, moins pour la contradiction seulement apparente de ses termes que pour l'illustration qu'il représente des règles en matière de charge de la preuve (51).

Un exploitant agricole demandait au maire de son village l'attribution de certaines quantités de produits agricoles qui devaient être répartis entre les agriculteurs de la commune. Il lui demandait également de légaliser une pièce nécessaire à l'obtention de la carte grise de son nouveau tracteur. S'étant heurté à un double refus, il saisit le juge administratif qui fait une distinction :

« Considérant que le sieur Cardinael n'établit pas qu'en lui refusant certaines quantités de ficelle et d'engrais le maire... chargé par les instructions ministérielles en vigueur de procéder à l'échelon communal à la répartition de ces produits, se soit fondé sur des motifs matériellement inexacts ou étrangers à l'intérêt de la production agricole ; »

« Considérant, toutefois, que le maire de Charmoy n'invoque aucun motif susceptible de justifier légalement son refus de légaliser la signature du sieur Cardinael sur la demande que celui-ci avait adressée... ; que, dès lors, le requérant est fondé à soutenir que ce refus est entaché d'excès de pouvoir ».

En d'autres termes, après avoir reproché au requérant de n'avoir pas établi l'illégalité d'un des actes critiqués, le Conseil d'Etat reproche à l'administration de ne pas prouver la légalité du second refus. Dans le premier cas la demande est rejetée et la légalité du refus paraît présumée jusqu'à preuve du contraire par le requérant ; le recours est fondé dans le second, mais pour la raison inverse.

Les deux motifs ne sont pas contradictoires, ils illustrent dans un bon raccourci les principes que nous avons présentés.

En cas de pouvoir discrétionnaire (premier refus) le juge exerce un contrôle minimum et si l'inexactitude matérielle des faits n'est pas établie la requête est rejetée. En l'absence de pouvoir discrétionnaire, lorsque le juge contrôle la régularité du motif de nature à justifier la décision de refus, celle-ci est annulée si aucun motif n'est invoqué, ou si le motif invoqué n'est pas de nature à justifier la décision entreprise. On peut même penser qu'en l'espèce la compétence du maire sur la demande de légalisation de signature était pratiquement liée (52).

(51) C.E. 18 mars 1955, Sieur Cardinael, A.J.D.A. 1955, II, 368, note Copper-Royer.

(52) Un autre arrêt (C.E. 8 juillet 1953, Schneider, p. 359), illustre, à propos des demandes d'inscription au tableau de l'Ordre des experts-comptables, ce même clivage entre l'existence et l'absence d'un pouvoir discrétionnaire.

En cas d'insuffisance des preuves réunies au cours de l'instruction, la *tendance* du juge nous paraît pouvoir être résumée de la façon suivante :

L'imputation du risque d'une insuffisance des preuves établies au cours de l'instruction semble être effectuée par le juge en fonction de deux clivages.

— Lorsque l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire, le juge a tendance à lui accorder le bénéfice du doute, quel que soit le rôle qu'elle a joué dans la formation du litige. Mais il faut observer que cette situation est devenue moins fréquente, depuis que les développements de la jurisprudence Barel ont permis de multiplier les hypothèses dans lesquelles la preuve « résulte de l'instruction ».

— Lorsque l'administration n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire, le juge contrôle la qualification juridique des faits et attend que soient prouvés les faits qui conditionnent la légalité ou l'illégalité de l'action administrative. Il n'est pas indifférent, alors, de savoir de qui émane la prétention s'appuyant sur ces faits, pour déterminer qui supportera en définitive le risque de la preuve.

CONCLUSION de la DEUXIEME PARTIE.

L'intervention active du juge administratif dans la recherche de la vérité explique d'une manière générale qu'il est plus adéquat de parler, dans le contentieux administratif, de répartition par le juge du fardeau de la preuve entre les parties, que d'une charge de la preuve qui serait déterminée initialement. La seule charge initiale reposant dans tous les cas sur le requérant est celle de l'allégation.

Aucune règle ne saurait être formulée trop strictement, notamment lorsque, dans le contentieux de la légalité, le juge retire sa conviction de l'instruction et paraît s'en approprier le résultat par la « neutralisation » de la charge de la preuve.

Le recours à certaines règles redevient nécessaire lorsque, à défaut d'une conviction positive en faveur de l'une des deux thèses, le juge doit s'appuyer sur une présomption. Il le fait à partir des exigences propres au contentieux administratif, et non par une transposition pure et simple du Code Civil.

En ce sens, il ne nous paraît pas possible de parler d'un principe général attribuant au demandeur la charge de la preuve devant la juridiction administrative.

Il existe, au contraire, une très large autonomie qui est la marque de la liberté de la preuve en droit administratif.

C'est à cette liberté qu'il faut aussi faire appel pour l'examen de la conviction du juge.

TROISIEME PARTIE

L'ADMINISTRATION DES PREUVES ET LA CONVICTION DU JUGE

Qu'il se borne à contrôler les preuves offertes spontanément par les parties, ou bien participe à la recherche de la vérité, le juge doit, pour rendre sa sentence, parvenir à un degré suffisant de conviction. L'issue du litige dépend des conditions dans lesquelles peuvent être administrées les preuves utiles à la formation de sa conviction. Ce problème demeure, à vrai dire, intimement lié à ceux qui ont été déjà présentés et notamment à celui de la charge de la preuve.

La constatation que le juge administratif jouissait, en ce domaine, d'une grande liberté n'était déjà que l'application d'un principe plus large : celui de la liberté de la preuve, sous le signe duquel se développe toute l'action du juge administratif.

Si celui-ci recherche très librement des éléments de conviction c'est parce que, en principe, il n'existe pas de *règle générale* déterminant à quelles conditions la charge et l'administration de la preuve obéissent précisément. Le régime de la preuve administrative est placé sous le signe de la liberté.

Nous avons déjà été conduits à écarter la transposition pure et simple du régime légal des preuves du droit civil pour l'étude de l'objet et de la charge de la preuve, de même, ici encore, l'administration de la preuve et la formation de la conviction du juge ne paraissent pas pouvoir être expliquées à partir du droit commun de la procédure civile.

La mise en œuvre de l'idée de liberté de la preuve est cependant moins simple, voire moins commode, qu'il n'y paraît au premier abord. Il s'agit essentiellement d'une liberté « surveillée » par le juge, et la jurisprudence est sévère ou libérale selon l'utilisation qu'il en fait. Incontestablement il se recrée ainsi, au niveau jurisprudentiel, sinon un ensemble de règles, du moins plusieurs attitudes communes à certains types de litiges. Mais le juge peut modifier ses exigences sans être, en principe, limité par un texte.

A cet égard, la situation n'est cependant pas la même dans le contentieux des droits et dans celui de la légalité, où l'on retrouve le particularisme du recours pour excès de pouvoir. L'administration de la preuve a paru pendant longtemps en exclure certaines mesures de vérification, pourtant habituelles dans d'autres contentieux.

D'autre part, les règles de procédure qu'appliquent le Conseil d'Etat et les Tribunaux Administratifs ne sont pas, en matière d'instruction, identiques. Leur attitude à l'égard des diverses mesures de vérification, dont l'offre de preuve peut être assortie, n'est donc pas forcément la même.

On ne saurait donc parler de liberté de la preuve sans tenir compte de ces différences de contentieux et de juridictions, ni exclure, en fonction de ces distinctions, des nuances, des exceptions, au principe de liberté étudié.

Sous réserve de ces observations, il est alors possible de voir à quoi correspond ce régime de liberté lato sensu.

En l'absence de détermination légale des moyens de preuve admissibles devant les juridictions administratives et de fixation de la valeur probante de ces moyens, la preuve est soumise, en principe, à un régime de liberté (Chapitre Premier).

Corrélativement, il en résulte pour le juge la possibilité de déterminer librement les conditions de formation de sa conviction et d'utiliser cette liberté pour doser ou étendre le contrôle qu'il exerce sur l'activité administrative. C'est le principe de l'intime conviction (Chapitre Second).

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DE LA PREUVE

En droit administratif, l'attitude du juge à l'égard de la preuve diffère de celle du juge civil et doit également être distinguée, en de nombreux points, de la mission du juge pénal.

La théorie civiliste des preuves prévoit quels sont les divers modes de preuve et en précise les conditions d'utilisation et la force probante. Malgré d'incontestables efforts pour accorder au juge civil plus de liberté par l'interprétation large des textes qui assouplissent le régime des préconstitutions de preuve, ou restrictive de ceux qui exigent cette préconstitution (1), le droit civil organise encore, pour l'essentiel, un régime de preuve légale.

L'esprit de ce système probatoire correspond d'ailleurs assez bien au caractère accusatoire de la procédure civile, qui limite les pouvoirs du juge, non seulement dans la recherche des preuves, mais aussi dans leur appréciation.

A l'opposé, l'exigence de vérité absolue est la marque du procès pénal et la justification de l'autonomie de son système probatoire (2). Le particularisme de la théorie des preuves s'explique par les exigences de répression et de liberté que le juge pénal a pour mission de concilier. Il dispose pour cela de pouvoirs de nature inquisitoriale très étendus, et d'une grande liberté, aussi bien dans la recherche que dans l'appréciation des preuves.

A certains égards, l'attitude du juge administratif peut être comparée à celle du juge pénal. Dans le procès administratif, comme dans le procès pénal, la procédure est inquisitoire et la recherche de la vérité n'est pas uniquement le fait des parties. Le juge administratif apprécie librement la valeur des preuves administrées au cours de l'instruction.

(1) Articles 1317, 1341, 1347, 1348, du Code Civil. V. sur ces différentes questions Legeais, précité, p. 111 et s. et Normand, p. 359 et s.

(2) J. Patarin: « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956.

Toutefois, à la différence de l'instance pénale, l'exigence de vérité est, dans le litige administratif, moins absolue. Les intérêts en présence ne sont pas les mêmes et il y aurait quelque exagération à pousser trop loin un parallélisme rigoureux de l'inégalité des parties qui, dans les deux instances, justifie un pouvoir de type inquisitorial. Les mesures d'investigation ordonnées par le juge pénal, et spécialement par le juge d'instruction, ses pouvoirs, sont aussi sans commune mesure avec ceux dont le juge administratif dispose à l'égard des parties.

Il n'en demeure pas moins que la procédure contentieuse administrative est très largement autonome et correspond, en grande partie, à un système de preuve morale.

La portée de ce système n'est pas la même pour les parties et pour le juge.

Pour les premières, la liberté doit s'analyser dans la possibilité de choisir les modes de preuves qui leur paraissent les mieux adaptés aux exigences de leur démonstration (Section I).

Pour le second, la liberté consiste dans le pouvoir d'apprécier la valeur des preuves administrées par les parties, afin de former librement sa conviction (Section II).

SECTION I. — LA LIBERTE DES PARTIES DANS LE CHOIX DES MODES DE PREUVE.

Elle est de principe.

Le juge administratif peut fort bien considérer un fait comme établi, quels que soient les moyens utilisés par les parties pour y parvenir. Il y a là, assurément, une grande liberté, mais, en ce qui concerne les parties, force est cependant de considérer qu'il en va peut-être de cette liberté comme de bien d'autres : la liberté de la preuve en droit administratif risque de n'être que formelle si, au delà de sa reconnaissance théorique, le juge n'accepte pas, ou n'a pas la possibilité, de mettre en œuvre toutes les mesures susceptibles d'en concrétiser l'exercice, chaque fois que cela est utile à la solution du litige.

A cet égard, la libre admissibilité des modes de preuve ne doit pas être dissociée des différentes mesures de vérification de preuve qui en constituent, en quelque sorte, les supports procéduraux.

La liberté de la preuve dépend, pour une large part, des conditions dans lesquelles le juge recourt à ces mesures. Cela est si vrai que l'idée d'une certaine insuffisance du système de la preuve a pu s'accréditer dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir, en fonction de l'attitude réservée du Conseil d'Etat, voire des tribunaux administratifs, au cours de l'instruction, à cet égard.

Nous allons commencer par rechercher quelles sont les conditions d'utilisation des différents incidents relatifs à la preuve (§ I) et quel peut être l'objet des mesures de vérification auxquelles ils donnent lieu (§ II). Nous pourrions ensuite nous demander dans

quelle mesure il existe une insuffisance du régime des preuves dans le contentieux de l'excès de pouvoir (§ III).

§ I — *Les conditions d'utilisation des mesures de vérification de preuves.*

La liberté qu'ont les parties de choisir entre différents modes de preuve, propres à donner une pleine efficacité à leur demande, dépend des conditions dans lesquelles le juge accepte de mettre en œuvre les mesures d'instruction utiles à l'établissement des faits allégués.

Les mesures de vérification de preuve, strictement déterminées par le Code Civil et le Code de Procédure Civile (3) ont été, pour partie, introduites devant les Conseils de Préfecture par la loi du 22 juillet 1889 qui prévoit, dans son titre II, quelles sont les conditions d'utilisation de l'expertise, la visite des lieux, les enquêtes et interrogatoires, les vérifications d'écriture et l'inscription de faux (4).

A l'exception de certains textes relatifs à la vérification des écrits (5), le Conseil d'Etat organise librement les conditions d'administration de la preuve.

Quel usage le Conseil d'Etat fait-il de cette liberté par rapport aux juridictions du premier degré ? Son attitude est-elle identique dans les différents contentieux ?

Telles sont les questions que nous voudrions examiner (6).

A) *L'organe chargé de l'instruction n'est pas le même selon la gravité des mesures décidées.*

1) *Devant les Tribunaux Administratifs*, le pouvoir du juge est limité par la loi du 22 juillet 1889 et les textes qui l'ont modifiée depuis.

Certaines mesures peuvent être décidées directement par le conseiller-rapporteur, dont la tâche, qui est de s'assurer que l'affaire est en état d'être jugée, requiert la vérification de toutes les questions relatives à l'établissement des faits.

(3) Art. 1316 et s. du Code Civil. Art. 295 et s. ; 302 et s. du C. Pr. Civ.

(4) V. notamment : J. Lapanne-Joinville : « La direction de la procédure devant les tribunaux administratifs », A.J.D.A. 1965, pp. 324 et 380.

(5) Art. 60 de l'Ord. du 31 juillet 1945 sur l'inscription de faux, v. infra.

(6) Notre optique est nécessairement limitée et explique qu'il ne soit pas utile de reprendre ici l'ensemble de la description et de l'explication du mécanisme de procédures dont l'étude approfondie a déjà été faite à plusieurs reprises par divers auteurs, entre autres : Ch. Gabolde : *Traité pratique de la procédure administrative contentieuse*, Trib. Adm. Dalloz 1960-1964 ; Méjean : *La procédure devant le Conseil de Préfecture*, 1949 ; Auby et Drago, *Traité précité*, Nos 755-6, 837 et s. ; J. Hauss : *L'introduction et l'instruction des requêtes présentées devant les Tribunaux Administratifs*, Thèse, Strasbourg, 1959 ; P. Pactet : *Thèse précitée*, p. 134 et s. ; J. de Soto : *La procédure devant les nouveaux tribunaux administratifs*, A.J.D.A. 1954 I, pp. 41 et 145 ; A. Heurté : « L'enquête devant les juridictions administratives », J.C.P. 1952 I 1037 ; A. Heurté : « De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les Tribunaux Administratifs », A.J.D.A. 1955 I 37 ; Lapanne-Joinville, *précité*.

Toutefois, l'intervention du rapporteur demeure théoriquement plus limitée : il agit sous l'autorité du Président du Tribunal (7). Il n'exerce pas lui-même la direction effective de la procédure. Il doit vérifier que le dossier est complet ; ceci peut l'entraîner à ordonner, au cours de l'instruction, certaines vérifications administratives. Ces vérifications, distinctes des mesures d'instruction proprement dites, sont décidées sous couvert du Président (8).

S'il estime qu'un supplément d'information nécessite une expertise ou une enquête, il ne peut que le proposer ; ces véritables mesures d'instruction seront ensuite éventuellement ordonnées par un jugement du tribunal (9). Selon l'importance des mesures décidées, le conseiller-rapporteur, le Président, ou le Tribunal, sont donc respectivement compétents.

Le partage des attributions est parfois imprécis bien que le système mis en place par le décret de 1926 donne plus de pouvoirs au Président. Il faut souhaiter, au moment où la procédure civile confie à un magistrat instructeur unique des pouvoirs importants dans la mise en état des causes (10), que la procédure administrative connaisse la même évolution. Elle devrait permettre effectivement à un magistrat-rapporteur, chargé de la procédure, de conduire l'ensemble de l'instruction à partir de la fin de la phase purement administrative (rôle du secrétaire-greffier) jusqu'à ce que l'affaire soit en état d'être jugée. Cette solution, créant un véritable juge d'instruction administratif, laisserait cependant au Président du Tribunal toute latitude pour « retenir » une affaire et veiller personnellement à son instruction (11).

2) *Devant le Conseil d'Etat*, les sous-sections du contentieux général dirigent l'instruction et préparent le rapport des affaires. Le rapporteur, agissant sous les ordres du Président de la sous-section, propose les mesures qui lui paraissent opportunes. Un partage d'attributions existe également devant le Conseil d'Etat : certaines mesures, visant à compléter le dossier, peuvent être décidées d'office par le rapporteur. Par exemple, il devra s'assurer que divers documents de preuve (procès-verbaux, actes et documents administratifs et privés, copies de jugements...) venant à l'appui des thèses développées et des moyens soulevés, figurent bien au dossier et, éventuellement, en demander la production aux parties. Par contre, les mesures d'instruction proprement dites (12) sont

(7) Art. 10, al. 2, décret du 26 septembre 1926.

(8) C.E. 24 juin 1953, Sieurs Beaugé, Faury et autres, p. 311.

(9) Illégalité des mesures de vérification ordonnées par le rapporteur alors qu'elles auraient dû l'être par le Tribunal : C.E. 22 avril 1904, Sieur Barbier c/ville de Bourg, p. 344.

(10) Décret du 13 octobre 1965, D.S. 1965, p. 318.

(11) Application de la jurisprudence : C.E. 23 janvier 1931, Commune de Koléa, p. 89 ; v. Lapanne-Joinville, précité.

(12) La distinction des documents de preuve et des mesures d'instruction que présente M. Pactet (p. 140) est intéressante et trouve ici une application. Elle nous paraît pourtant moins importante pour notre recherche que celle qui sépare les mesures d'instruction diligentées par le juge à la demande des parties et les mesures proprement inquisitoriales, décidées par le juge seul.

décidées par l'ensemble de la Section ou de la sous-section, soit directement (vérifications administratives), soit par un jugement avant-dire-droit (expertises, enquêtes).

B) L'incidence des procédures d'urgence.

Le Président du Tribunal Administratif (13), celui de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat (14), disposent, en outre, de pouvoirs spéciaux pour ordonner, en cas d'urgence, « toutes mesures utiles en vue de la solution du litige » sans faire préjudice au principal. Ces procédures de référé ou de constat d'urgence ont pour but de permettre la constatation de faits susceptibles de disparaître rapidement. A la différence du sursis à exécution qui tend à écarter les inconvénients de l'absence d'effet suspensif des recours devant les juridictions administratives en différant l'exécution de la décision attaquée, le référé et le constat d'urgence intéressent uniquement la constitution des preuves.

L'intérêt de ces procédures est donc de permettre au président de prescrire des mesures de vérification (qui sont normalement décidées par jugement avant-dire-droit) dans des délais rapides et à la suite d'une instruction brève (15). En pratique, en cas de difficulté, le renvoi éventuel devant les formations collégiales du Conseil d'Etat (16) ou des Tribunaux Administratifs (17) n'est pas exclu.

C'est surtout à l'expertise qu'il est fait appel lors de ces vérifications, comme c'était déjà le cas pour le constat d'urgence. Mais le référé élargit les pouvoirs du juge administratif à « toutes les mesures utiles » à la solution du litige (18). L'introduction du référé dans la procédure administrative donne ainsi au juge un instrument d'action très souple qui peut être d'une très grande efficacité.

Sa valeur dépend toutefois de son champ d'application.

Il est de principe que les procédures d'urgence ne peuvent être mises en œuvre que si elles sont utiles à la solution de litiges n'intéressant pas l'ordre et la sécurité publique. Cette restriction, qui n'existe pas devant le Conseil d'Etat (article 27, décret du 30 juillet 1963) apparaît, par contre, à la lecture de la loi du

(13) Constat d'urgence, art. 23 bis ; Référé administratif, art. 24 de la loi du 22 juillet 1889.

(14) Article 34 in fine, Ord. du 31 juillet 1945 ; Article 27 du décret du 30 juillet 1963.

(15) Il a été jugé récemment qu'il appartenait au président d'apprécier, dans chaque espèce, si l'audition des parties présentait un intérêt, et qu'il n'était pas tenu de les convoquer et de les entendre. C.E. 19 février 1965, *Souris*, D.S. 1965 II 219, note *Gabolde*.

(16) C.E. 15 juillet 1964, de *Pollak*, p. 409.

(17) C.E. Section, 13 juillet 1956, *Piéton-Guibout*, p. 338.

(18) L'arrêt *Fousse* et *Ewald* du 25 juillet 1952 est généralement cité comme première application du référé devant le Conseil d'Etat. R. Lebon, p. 366, R.D.P. 1953, p. 316, note *Drago*.

28 novembre 1955 qui a introduit le référé devant les Tribunaux Administratifs (article 24, loi du 22 juillet 1889). Il y a là le souci évident du législateur d'éviter que le recours à ces procédures d'urgence fasse obstacle, en ces matières délicates, à l'exécution des décisions administratives. Mais c'est confondre l'objet et le but du référé avec ceux du sursis à exécution. L'institution du référé n'a pas pour but, comme le précise la loi, de faire obstacle aux décisions de l'administration, mais de permettre une constatation rapide de preuves qui risquent de disparaître. Il est donc à souhaiter que cette limite soit interprétée très restrictivement, le danger étant qu'en excluant les litiges intéressant l'ordre public on en arrive à écarter implicitement le recours pour excès de pouvoir du bénéfice de ces procédures d'urgence.

Il n'y a pas de raison, s'agissant de la recherche et de la constitution des preuves, de distinguer selon la nature des litiges à propos desquels elles sont réunies.

Le Conseil d'Etat a apporté à cette question une réponse indirecte, mais certaine, lorsqu'il a dû examiner en appel la légalité des ordonnances faisant droit à des demandes de référés présentées sans le ministère d'un avocat. Ces ordonnances furent, en règle générale, annulées au motif que les requêtes ne pouvaient pas être dispensées du ministère d'avocat (19).

Mais il ressort de la rédaction de ces arrêts que la demande de référé pourrait elle-même bénéficier de la dispense du ministère d'un avocat si le recours principal en bénéficiait aussi. L'utilisation du référé pour la constitution des preuves dans un litige en excès de pouvoir ne peut donc être écartée. Tout dépend, évidemment, de la nature du litige, et il peut être bien délicat, au stade de la réunion et de la constitution des preuves, c'est-à-dire bien souvent *avant* l'introduction du recours principal, de savoir si finalement le juge aura ou non à trancher une question de légalité (20).

Ainsi, une demande de référé, formée dans le but de « déterminer si un local était bien occupé » antérieurement à une réquisition, préluide-t-elle à une demande d'indemnité réparatrice du préjudice éventuellement subi, ou bien à un recours en annulation de la réquisition... ou même aux deux ! ? (21).

La solution la plus logique n'est-elle pas de considérer que, puisque l'ordonnance de référé ne doit préjuger, en aucun cas, le fond du recours principal, et que cette procédure a uniquement pour but de permettre la préconstitution de certaines preuves, elle devrait être dispensée du ministère d'avocat chaque fois qu'elle est susceptible de précéder un recours pour excès de pouvoir, sans exiger que celui-ci ait déjà été introduit ?

(19) C.E. Section, 12 octobre 1956, Saporta, concl. Long, A.J.D.A. 1956 II 410 ; C.E. 12 décembre 1956, Commune de Fontanes, A.J.D.A. 1957 II 52.

(20) Concl. Long, précitées.

(21) C.E. 17 décembre 1956, Delle Dubreuil, A.J.D.A. 1957 II 51.

En renonçant à exiger que le recours principal bénéficiant de la dispense ait été lui-même introduit au moment de l'examen de la demande de référé, le juge faciliterait l'utilisation de cette procédure d'urgence et contribuerait à écarter toute idée d'insuffisance du régime des preuves dans le contentieux de la légalité.

Quels que soient l'organe chargé de l'instruction et la procédure utilisée, une question se pose : la décision du juge de recourir à une mesure de vérification de preuve ne se heurte-t-elle pas, dans le contentieux de la légalité, à une limite tirée de l'objet de ces mesures ?

§ II — *La limitation de l'objet des mesures de vérification de preuve.*

Dans l'ensemble, les mesures de vérification de preuve utilisées devant les tribunaux administratifs sont sensiblement comparables à celles qui existent devant les tribunaux judiciaires. Toutefois, il existe un mode de preuve qui n'est pas admissible en droit administratif : le serment (22). De cette exclusion traditionnelle on doit également rapprocher celle de l'aveu, quoique avec plus de nuances. L'idée de l'aveu n'est pas totalement absente du contentieux administratif, notamment en cas de silence ou de refus de répondre aux demandes d'éclaircissement du juge (jurisprudence Barel). Il n'en demeure pas moins que ces deux modes de preuves, qui ont une très grande valeur devant les tribunaux judiciaires, sont rarement admis devant les tribunaux administratifs. Il y a cependant certains exemples d'admission de l'aveu et du serment *extra-judiciaires* devant la juridiction administrative, notamment en matière de pensions (23). Cette restriction étant marquée, les mesures de vérification des preuves administratives ne peuvent être utilisées que pour l'établissement des faits (A). Aussi a-t-on pu se demander dans quelle mesure elles pouvaient être mises en œuvre dans le contentieux de l'excès de pouvoir (B).

A) *L'établissement des faits.*

C'est principalement à l'occasion du contrôle de la régularité des expertises ordonnées par les Tribunaux Administratifs que le Conseil d'Etat a précisé la règle de la limitation de l'usage des mesures de vérification de preuve.

Ainsi, une expertise ordonnée par un Conseil de Préfecture sur une question de droit est déclarée frustratoire, en l'absence de circonstances exceptionnelles (24). Les experts sont désignés pour

(22) C.E. 29 novembre 1851, Pélissier, p. 720.

(23) Pour l'aveu : C.S.C.P. 24 juillet 1952, Min. des A.C. c/Charmette, p. 784.

Pour le serment : C.S.C.P., 3 février 1926, Pézenec, p. 121.

(24) C.E. 18 février 1955, Soc. Auxiliaire de distribution d'eau p. 98. V. aussi C.E. 22 juillet 1936, Huyghe, p. 844.

leur compétence technique et non pas juridique. Laisser à ces auxiliaires le soin de trancher, par le biais d'une expertise, des questions de droit serait absolument contraire à leur mission et à celle du juge.

Il en va de même pour les autres mesures d'instruction, notamment l'enquête et la visite des lieux. Celles-ci ne peuvent être ordonnées que pour établir l'existence de faits matériels.

Toutefois, à la différence des tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat se montre encore peu enclin à ordonner lui-même des mesures d'instruction telles que les visites de lieux. Il préfère, en effet, dire le droit et fixer la jurisprudence plutôt que de se livrer à des recherches sur les faits que les tribunaux administratifs sont mieux placés que lui pour connaître. Lorsqu'une controverse nécessitant le recours à une mesure de vérification des faits surgit, le Conseil d'Etat a tendance à renvoyer l'affaire devant les juges du premier degré, chaque fois que cette solution est possible.

L'attitude de la Haute Assemblée paraît cependant évoluer actuellement vers une utilisation plus fréquente de ses pouvoirs. Cela est de plus en plus évident en matière d'expertise, ou même d'enquête. Il faut aussi remarquer que, pour la première fois depuis la fin du dix-neuvième siècle, le Conseil d'Etat vient d'ordonner une visite des lieux (25).

Cette décision est intervenue à l'occasion d'un recours de pleine juridiction intenté par une personne qui se prétendait gênée par les bruits et les trépidations provenant d'un atelier de chaudronnerie situé dans un collège d'enseignement technique jouxtant sa maison. Le requérant estime que ces bruits sont d'une importance telle qu'ils constituent une gêne susceptible d'ouvrir droit à réparation, mais il n'apporte cependant pas la preuve, au sens strict du terme, de la réalité de ce préjudice. Le ministre soutient, au contraire, que ces bruits ne sont pas suffisants pour justifier l'octroi d'une indemnité.

Le Conseil d'Etat prend l'initiative d'une mesure qui lui permettra de faire son choix entre les thèses des deux parties. Il décide de charger l'un des membres de la formation de jugement d'aller sur place pour se rendre compte de la situation.

Cette décision témoigne du souci du Conseil d'Etat d'adapter son contrôle à toutes les situations de fait et annonce peut-être une volonté de recourir plus souvent à cette sorte de mesure d'instruction.

(25) Arrêt avant-dire-droit, C.E. 5 février 1969, Ministre de l'Education Nationale c/Sieur Warembourg, N° 73.484. C'est la cinquième fois, depuis 1806, que le Conseil d'Etat ordonne une telle mesure, la quatrième et précédente fois ayant eu lieu en 1881 !

B) *L'attitude du juge de l'excès de pouvoir.*

C'est avant tout devant le juge de plein contentieux (essentiellement celui des travaux publics) que devaient se développer les incidents relatifs à la preuve.

Par contre, leur introduction dans le contentieux de recours pour excès de pouvoir parut pendant longtemps incompatible avec l'objet même de ce recours. Le recours pour excès de pouvoir, pensait-on, ne mettait en jeu que des questions de pur droit pour lesquelles il n'était pas besoin de désigner un enquêteur ou d'effectuer une descente sur les lieux. Le juge de l'excès de pouvoir n'étant pas considéré comme un juge du fait, il ne pouvait être question pour lui de recourir à des mesures prévues pour le contentieux des droits où l'appréciation des faits joue un grand rôle.

Or, le juge de légalité est bien juge du fait (26) dans la mesure où les faits sont incorporés à la légalité, ce qui est fréquemment le cas. L'examen des faits, qui commande la légalité ou l'illégalité de l'action administrative, est un élément de l'examen de légalité. Il n'y a dès lors pas d'objection théorique à l'utilisation, par le juge de la légalité, de mesures telles que l'enquête ou l'expertise. De fait, il est remarquable, mais naturel aussi, dans cette optique, de constater que des mesures de vérification de l'offre de preuve sont admises par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir.

Certes, cette tendance ne ressort pas encore d'une jurisprudence très abondante, du moins lorsque le Conseil d'Etat statue directement en premier ressort. Toutefois le recours pour excès de pouvoir ne paraît plus incompatible avec l'expertise (27) ou l'enquête (28). Pour cette dernière, il est vrai, le Conseil d'Etat refusait de l'effectuer lui-même et demandait à l'administration de s'en charger (29). Même s'il faut critiquer ce recours à l'administration, l'utilisation de l'enquête dans l'instruction d'un recours pour excès de pouvoir représente un progrès par rapport à la situation où le Conseil d'Etat n'examinait les faits qu'à partir des seules pièces versées au dossier (30).

Mais voici que le Conseil d'Etat vient, à deux reprises au

(26) Marty, « La distinction du fait et du droit », Toulouse 1929 ; Goldenberg, « Le Conseil d'Etat juge du fait », Paris, 1932.

(27) C.E. 17 décembre 1956, Secrétaire d'Etat à la Reconstruction et au Logement c/Delle Dubreuil, p. 484 (Solution a contrario). C.E. 10 mai 1957, Sous-Secrétaire d'Etat à la Marine Marchande c/Commune de St-Brévin-les-Pins, A.J.D.A. 1957 II. 246, concl. Lasry.

(28) C.E. 8 mars 1963, Ackermann, p. 156; appel d'un jugement du Tr. Adm. de Strasbourg du 22 avril 1960, ayant ordonné une enquête à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir.

(29) C.E. 8 décembre 1948, Decas, p. 463. (Enquête diligentée par le Ministre de l'Intérieur afin de déterminer la nature et l'exactitude des faits qui ont motivé la révocation d'un conseiller municipal).

(30) C.E. 14 janvier 1944, Sieur Gentilhomme, p. 14.

moins, d'utiliser directement l'enquête comme mesure d'instruction dans le recours pour excès de pouvoir. Dans les affaires Poncin (31) et Frank & Palfer-Sollier (32) la sous-section est directement chargée de l'enquête. Un exposé rapide des faits des deux affaires permettra de comprendre toute la valeur de cette nouvelle orientation jurisprudentielle.

Le médecin-commandant Poncin conteste la régularité du concours qui a permis la nomination du sieur Caille au poste de Maître de Recherches des Services de Santé des Armées. Un seul moyen est avancé : Caille ne pouvait être nommé car il n'avait pas été proposé par le jury. Cette argumentation est combattue par le Ministre des Armées qui produit l'original du procès-verbal de la délibération, mais le requérant soutient qu'il ne reproduit pas exactement la teneur desdites délibérations.

La preuve de telles allégations est difficile ; elle ne saurait ressortir des documents, apparemment réguliers, mais seulement de leur confrontation avec les circonstances, au cours d'un examen concret.

Comme le faisait remarquer le Commissaire du Gouvernement M. Braibant, le Conseil pouvait opter entre trois solutions :

— rejeter la requête, en constatant que l'inexactitude des mentions du procès-verbal ne ressort pas des pièces du dossier, ce qui équivalait à laisser entièrement au requérant le risque de perte du procès ;

— annuler la nomination sur la foi d'un témoignage produit au cours de l'instance ;

— ordonner un supplément d'instruction.

La première solution est écartée, les *circonstances générales* du concours ne dégagant pas *dans l'ensemble*, dit M. Braibant, une *impression* favorable. On remarquera la nuance dans le doute, qui décide le juge à ne pas s'en tenir à la jurisprudence formaliste de l'examen du dossier. A l'opposé, cependant, on ne déclare pas inexactes des mentions portées sur un procès-verbal sur la foi d'un simple témoignage, ce qui conduit à écarter également la seconde solution.

Il restait alors à poursuivre l'instruction par la voie de

(31) C.E. 22 juin 1963 et 17 juin 1964, Poncin, R.D.P. 1964, p. 811, concl. Braibant.

(32) C.E. 23 novembre 1966, Frank et Palfer-Sollier, p. 1055. La tendance du Conseil d'Etat à recourir à l'enquête vient d'être confirmée en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique : C.E. 18 avril 1969, Consorts Vitry, A.J.D.A. 1969, p. 362, note Homont, p. 424, concl. Morizot. Les requérants contestaient que le plan général des travaux figurait au nombre des pièces du dossier soumis à l'enquête préalable. Ils produisent devant le juge des attestations qui constituent « des éléments de preuve sérieux » et permettent de douter de l'existence de ce plan. D'autre part, le ministre se bornant à prétendre que « le public, en prenant connaissance du dossier, disposait en fait de toute la documentation réglementaire », le juge estime en conséquence qu'il est nécessaire de compléter l'instruction et ordonne avant-dire-droit une enquête.

l'enquête « en vue de rechercher si la nomination du sieur Caille, comme Maître de Recherches en exercice des Services de Santé des Armées, prononcée par la décision attaquée, avait été proposée par le jury du concours au cours de la délibération du 30 mars 1960 ».

Preuve d'un fait, qui commande la régularité du concours.

Preuve d'un fait aussi dans l'arrêt Palfer-Sollier (précité), mais nécessitant une enquête plus délicate encore puisqu'il s'agit de rechercher si le jury du concours d'agrégation de médecine a uniquement tenu compte, pour le classement des candidats, de la valeur des épreuves subies par chacun. L'objet de l'enquête n'est alors pas autre chose que la recherche d'une preuve négative, largement subjective. Ici aussi, le juge, en présence des affirmations contraires des personnes en litige, a estimé que la thèse des requérants, qui était appuyée par deux témoignages, présentait quelque vraisemblance justifiant un supplément d'instruction.

Il est certain que si cette affaire avait été jugée il y a vingt ans le juge aurait constaté que la preuve ne ressortait pas du dossier (cf. note 30).

Nous nous trouvons ici à la limite du simple contrôle des preuves et de l'intervention inquisitoriale du juge, et il n'est pas indifférent de constater que les arrêts que nous venons de présenter concernent tous deux le contentieux des concours d'entrée à la fonction publique. C'est précisément dans ce domaine, fortement protégé, notamment par les principes généraux du droit, que le Conseil d'Etat, à l'instigation du Président Letourneur, a véritablement inauguré la politique actuelle de libéralisation de la preuve (33).

Elle s'est étendue, depuis, à d'autres matières, au départ moins privilégiées, et il est à souhaiter que ce nouveau progrès dans l'admission des modes de preuve soit réaffirmé et étendu par la Haute Juridiction.

§ III — *Existe-t-il une insuffisance des preuves dans le contentieux de l'excès de pouvoir ?*

Si l'idée d'une insuffisance de la preuve dans le contentieux de l'excès de pouvoir a pu se développer (34), c'est, nous semble-t-il, en raison de la conjonction de deux difficultés.

On a d'abord fait remarquer que, l'administration n'étant pas tenue de motiver ses décisions discrétionnaires, l'absence des motifs rendait la recherche des éléments de preuve très aléatoire.

(33) Arrêt d'Assemblée Barel, précité.

(34) V. sur cette idée: G. E. Lavau, « Le prétendu pouvoir discrétionnaire d'exclure un candidat d'un concours administratif », J.C.P. 1953 I 1128 ; Mlle J. Lemasurier, « La preuve dans le détournement de pouvoir », R.D.P. 1959, p. 36 ; R. Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », R.D.P. 1952, p. 292 et s. ; H. Lenoan, « La procédure devant le Conseil d'Etat », p. 135 ; Auby et Drago, Traité, N°s 755 et 756.

Tout l'intérêt de la jurisprudence Barel réside dans la possibilité, pour le juge, de demander à l'administration la production de toutes justifications utiles à la formation de sa conviction, et l'on sait, qu'à la suite du contentieux de la fonction publique, cette attitude s'est étendue à bien des domaines de l'action de l'Etat.

L'administration peut n'être pas tenue de communiquer d'office les motifs de certaines de ses décisions à l'intéressé ; ces motifs doivent cependant exister et demeurer soumis au contrôle de la légalité. Le requérant peut avoir de la difficulté à établir l'illégalité des motifs qui ne lui ont pas été communiqués, mais cette première difficulté est atténuée chaque fois que la précision de ses allégations, ajoutée aux réticences éventuelles du défendeur, incite le juge à demander à l'administration la production de ses motifs. Toute l'action du juge tend précisément à venir en aide au requérant lorsque celui-ci se heurte, dans la recherche des preuves, à des difficultés.

La seconde idée à laquelle peut être rattachée l'insuffisance du régime de la preuve dans le contentieux de la légalité dépend, non plus des difficultés inhérentes à la recherche des motifs, mais de l'attitude des juridictions administratives à l'égard de l'administration de la preuve.

Le régime des preuves risque, en effet, d'être insuffisant si le Conseil d'Etat, se limitant à l'examen des pièces versées au dossier, ne tient pas compte des difficultés que le requérant a pu rencontrer dans la réunion des éléments de preuve nécessaires au triomphe de la thèse qu'il soutient.

Dans un article légèrement antérieur à l'arrêt Barel, M. G. Lavau (voir note 34) dégageait très clairement ce problème, estimant que le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'est pas autre chose qu'une conséquence de l'insuffisance du régime des preuves dans la procédure du Conseil d'Etat.

La critique était pertinente.

Ce qui était mis en cause, ce n'était pas seulement la possibilité pour l'administration de se soustraire à un contrôle des motifs, possibilité à laquelle le Conseil a clairement mis fin, c'était aussi les conditions dans lesquelles la Haute Juridiction recourt aux mesures d'instruction ordinaires.

En l'absence de détermination légale des moyens de preuve admissibles devant les juridictions administratives, la liberté de la preuve implique qu'il soit possible de recourir à toutes les mesures de vérification utiles à la démonstration des parties.

La liberté de la preuve nécessite, en d'autres termes, que le juge de la légalité accepte de vérifier l'existence ou la régularité des faits ou des actes qui conditionnent la légalité de l'action administrative, chaque fois que cette vérification est susceptible de faciliter l'administration de la preuve et la formation de sa conviction.

Le progrès initial du contrôle des motifs en appelle maintenant un autre qui doit se concrétiser au niveau de l'administration de la preuve.

La tendance traditionnelle du Conseil d'Etat statuant en matière d'excès de pouvoir a, pendant longtemps, été caractérisée par le refus de pousser ses investigations au delà de l'examen des pièces du dossier (35). Si ce refus d'accueillir et de développer normalement les incidents relatifs à la preuve devait être constaté à nouveau dans la jurisprudence actuelle, l'affirmation, elle aussi traditionnelle, de la liberté de la preuve, serait diminuée d'autant, et comme vidée d'une part importante de son contenu réel.

L'attitude du Conseil d'Etat n'a toutefois rien de systématique et l'on peut espérer que se développe sur ce point la tendance annoncée par divers arrêts (36). Il faut aussi considérer que le caractère inquisitoire de la procédure administrative atténue la gravité des inconvénients qu'une telle limitation ne manquerait pas d'entraîner dans un système purement accusatoire où les parties ne peuvent compter que sur elles-mêmes pour la démonstration de leurs droits.

Ce premier aspect de la liberté de la preuve concernait, à la vérité, aussi bien les parties que le juge. Le second n'intéresse que celui-ci.

SECTION II — LA LIBERTE DU JUGE DANS L'APPRECIATION DE LA VALEUR DES PREUVES.

La liberté d'appréciation du juge est susceptible de recevoir trois sortes de limitations, que nous rechercherons de la manière suivante :

— en premier lieu, le juge est-il lié par le résultat des mesures d'instruction qu'il a ordonnées ?

— en second lieu, certains écrits ne revêtent-ils pas une force probante particulière qui s'impose au juge ?

— enfin, que devient la liberté du juge lorsqu'elle se heurte à des textes exigeant des procédés de preuve particuliers ?

§ I — *L'appréciation souveraine des mesures d'instruction.*

La décision de recourir à une mesure de vérification de preuve est appréciée librement par l'organe chargé de l'instruction.

Cet aspect n'est pas nouveau et existait déjà en procédure civile. La mission du magistrat instructeur ne s'étend qu'à ce qui paraît utile à l'établissement des faits. Depuis que le décret du 10 avril 1959 a supprimé le caractère obligatoire de l'expertise en matière de dommages de travaux publics, le juge administratif,

(35) Cf. Vidal, précité.

(36) Arrêts Poncin, Warembourg, Vitry, précités.

sauf rares exceptions (37), apprécie librement l'opportunité des mesures d'instruction qui lui sont demandées par les parties, et peut également les utiliser d'office.

Pas plus qu'il n'est tenu de procéder à la vérification demandée par les parties, le juge n'est lié par les résultats de la mesure décidée (38).

Cette liberté est également reconnue au juge civil qui l'a conquise en 1807 ; il n'est pas tenu par le résultat de la mesure d'instruction qu'il a ordonnée : l'interlocutoire ne lie pas le juge. Mais la portée de cette affirmation est réduite en raison de l'existence, en procédure civile, d'un assez large secteur où domine un régime légal de preuve, c'est-à-dire la fixation légale de la force probante des divers moyens de preuve, et que le juge doit respecter. Elle se révèle au contraire pleinement dans le contentieux administratif où, sauf exceptions, la preuve est libre (39).

Sous réserve du principe du contradictoire qui interdit au juge de statuer à partir d'éléments de fait qui n'auraient pas été portés à la connaissance des parties, les magistrats administratifs apprécient librement les conditions dans lesquelles ils établissent leur conviction. La conclusion d'une expertise ou d'une enquête, le résultat d'une visite sur les lieux, seront autant d'éléments précieux pour la formation de cette conviction. Mais ils sont sans valeur obligatoire pour le juge.

L'appréciation du juge est donc libre, mais elle n'est pas discrétionnaire.

Les conditions dans lesquelles le juge utilise les différentes mesures de vérification de preuves demeurent soumises à un contrôle par voie d'appel ou de cassation.

Le contrôle du juge d'appel porte aussi bien sur l'examen de problèmes de fait ou de droit ; par contre, on peut se demander comment un contrôle de cassation, limité à l'examen de questions de droit, pourrait restreindre la liberté des magistrats du fond dans leur appréciation des faits.

Pratiquement, le juge de cassation s'assurera que la décision rendue au fond est suffisamment motivée et ne comporte aucune erreur de droit. Le juge est ainsi tenu de répondre à tous les moyens de la demande, de ne pas statuer *ultra petita* ; il lui est

(37) L'expertise demeure légalement obligatoire en matière de police des immeubles menaçant ruine. (C.E. 18 janvier 1957, Mantega, A.J.D.A. 1957, II.201, concl. Mosset).

(38) Principe constant et vérifié par de nombreux arrêts : à propos de l'enquête : C.E. 26 avril 1912, El de Biskra, p. 495 ; à propos de l'expertise : C.E. 8 décembre 1967, Ville de Condé-s.-Noireau, p. 890-891 ; de la vérification d'écritures : C.E. 16 novembre 1956, Union Syndicale des industries aéronautiques, p. 434 ; C.E. 26 octobre 1962, Ville de Toulouse, A.J.D.A. 1963, II, p. 154 ; d'une visite des lieux : C.E. 9 mars 1927, Sieurs Chaulet et autres, p. 294.

(39) Ces exceptions sont l'aveu, le serment judiciaires, qui n'ont pas place dans le contentieux administratif, et l'obligation de la preuve littérale dans certains cas (v. *infra*).

interdit de rendre son jugement en faisant état d'éléments de fait ou de droit qui n'auraient pas été portés à la connaissance des parties.

Il est évident que le résultat d'une mesure d'instruction demeure normalement une question de fait qui n'intéresse pas le juge de cassation.

Toutefois, celui-ci est à même d'apprécier la précision et le sens du résultat d'un rapport d'enquête ou d'expertise et de sanctionner le jugement qui n'en aurait tiré aucune conséquence pour l'application d'un régime légal de preuve.

C'est le cas en matière de pensions (v. infra § III) où il a été jugé « qu'en égard aux termes (d'un rapport d'expertise médicale) dont la prudence n'exclut pas le caractère catégorique, la Cour Régionale n'a pu, sans en dénaturer le sens, affirmer que ce rapport ne concluait qu'à une possibilité ou une vraisemblance ne pouvant équivaloir à la preuve, incombant à l'administré » (40).

Cependant, si la portée du contrôle de cassation paraît, en ce cas, si étendue, c'est à cause de la présence ici d'un régime légal d'imputabilité prévu par le Code des pensions militaires (v. infra). En l'absence de détermination légale des modes de preuve admissibles et de leur force probante, ce qui est généralement le cas dans le contentieux administratif, le contrôle de cassation demeure beaucoup plus théorique, faute d'une référence légale applicable en matière de preuve.

§ II — *L'appréciation de la force probante des écrits.*

La preuve des écrits revêt une grande importance en raison du caractère essentiellement écrit de la procédure administrative contentieuse. L'authenticité d'un document écrit, la force probante de ses énonciations, peuvent être contestées par les plaideurs. La liberté de la preuve risque alors ici de se heurter à l'obligation de reconnaître à certains actes une force probante spéciale. L'adoption d'une procédure de vérification de la preuve littérale s'impose, mais ne peut-on craindre qu'elle limite la liberté d'appréciation du juge administratif ?

Les textes relatifs à la procédure devant les juridictions administratives prévoient deux sortes de vérifications.

A) *La vérification d'écritures* décrite par l'article 37 de la loi du 22 juillet 1889 permet au juge de s'assurer de l'authenticité d'une pièce lorsque son écriture ou sa signature sont contestées (41). Le Tribunal Administratif peut ordonner d'office, ou à la demande des parties, une vérification en nommant un expert. Cette procédure, qui aboutit en cas de succès à confirmer l'authen-

(40) C.S.C.P. 22 février 1967, Sieur Asseray, p. 89.

(41) V. F. Bellanger, « Les présomptions d'authenticité et de sincérité des actes administratifs », R.D.P. 1968, p. 543.

licité d'un acte qui était auparavant contestée, n'indique cependant pas quel est le degré de force probante de l'acte.

L'acte fait-il seulement foi jusqu'à la preuve contraire rapportée librement, ou bien faut-il recourir à la procédure d'inscription de faux, et peut-on alors parler d'une liberté d'appréciation du juge ?

B) *L'inscription de faux* (42) permet de vérifier la sincérité des actes authentiques. Elle est, de toutes les procédures relatives à la preuve, celle qui restreint le plus la liberté d'appréciation du juge. Lorsqu'une partie entend utiliser, à l'appui de sa démonstration, une pièce arguée de faux, et que le juge admet l'utilité de cette pièce pour la solution du litige, il surseoit à statuer jusqu'au jugement de faux par le tribunal civil.

1) Cette procédure, inspirée du faux incident civil prévu par le Code Civil (art. 1317 et 1319 civ.), s'appliquait à l'origine aussi bien à la contestation des actes authentiques du droit privé qu'à ceux émanant de l'administration, quel que soit, dans ce dernier cas, le rôle exact de cet acte dans le litige administratif.

L'application stricte des textes conduisit, dans un premier temps, la jurisprudence administrative à reconnaître aux actes administratifs une authenticité équivalente à celle des actes notariés de l'article 1317 du Code Civil : « leur assimilation à ces actes notariés et la reconnaissance d'une force (probante) identique paraissaient aller de soi » (43).

Cette assimilation, notamment en ce qui concerne les contrats passés en la forme administrative (44), certains procès-verbaux (Ponts-et-Chaussées, Douanes, adjudications), les décrets (45) et, bien sûr, les minutes des jugements, multipliait les recours à l'inscription de faux et interdisait au juge d'apprécier librement la force probante de bon nombre d'écrits administratifs.

2) L'évolution actuelle tend à redonner au juge cette liberté en ne reconnaissant aux actes administratifs une force probante spéciale nécessitant le recours à l'inscription de faux que dans les cas prévus par le législateur.

Ce revirement de la jurisprudence, prévisible dès l'arrêt Ferrandi du 20 février 1948 (46) qui n'invoquait plus explicitement la nécessité de l'inscription de faux, se contentant de rejeter la requête au motif que « le requérant n'apporte pas la preuve de

(42) Article 38 de la loi de 1889 et article 60 de l'ordonnance du 31 juillet 1945. V. aussi Auby et Drago, N^{os} 779 et s.; Debbasch, précité, p. 400; Pactet, p. 149 et s.; Bellanger, précité, p. 595 et s.

(43) Concl. Landron, sous C.E. 30 septembre 1955, Leroux, R.P.D.A. 1956, p. 81.

(44) V. H. Dementhon, « Des contrats en la forme administrative », D. 1946, Chr. p. 18.

(45) C.E. 28 février 1947, Jammes, p. 82.

(46) C.E. 20 février 1948, J.C.P. 1948, II 4284, Fréjaville.

la fausseté de la date d'un arrêté », est acquis avec l'arrêt d'Assemblée Athias du 4 mars 1955 (47). Désormais les actes administratifs font seulement foi jusqu'à preuve du contraire, librement appréciée par le juge, à moins que le législateur n'en ait expressément décidé autrement.

Ainsi la preuve qu'un arrêté ministériel publié et notifié n'avait, en réalité, jamais été pris par le ministre peut être faite par tous les moyens (48) ; les faits constatés dans un procès-verbal établi par le service des enquêtes économiques sont tenus pour exacts jusqu'à preuve du contraire seulement (49) ; par contre, la minute d'un jugement fait foi jusqu'à inscription de faux (50).

3) Sur le plan doctrinal, plusieurs explications de ce revirement ont été avancées et quelques réserves sont apparues.

Le juge administratif n'étant pas compétent pour juger lui-même le faux, et le principe d'indépendance des juridictions administratives et judiciaires s'opposant à ce que les tribunaux judiciaires connaissent de l'authenticité et de la sincérité des actes administratifs, il fallait éviter un déni de justice. Il restait alors au Conseil d'Etat à ne reconnaître aux actes administratifs une force probante que dans les cas prévus par la loi.

Cette explication est logique, mais nous pensons qu'elle n'exclut pas le souci du juge administratif d'éviter un système probatoire trop rigide que seule une analyse trop « civiliste » des textes l'avait initialement conduit à adopter. C'est un raisonnement par analogie contestable qui l'avait incité à assimiler l'acte administratif à l'acte authentique du droit privé ; c'est une interprétation mieux adaptée à la nature et aux exigences du contentieux administratif qui explique les solutions actuelles. L'acte administratif perd une protection procédurale et le juge y gagne une liberté d'appréciation qu'il ne possédait pas.

Peut-être se recrée-t-il, de ce fait, une nouvelle force probante particulière, attachée à l'acte administratif. Mais c'est alors au juge d'en indiquer la valeur en appréciant, au gré des espèces, si les mentions contestées sont matériellement exactes, ou si le dossier contient des « présomptions graves, précises et concordantes » de l'inexactitude de la pièce utilisée. Cela demeure conforme au droit commun de la preuve administrative et à la liberté d'appréciation du juge.

Avec cette interprétation restrictive du recours à l'inscription de faux s'amenuise singulièrement l'emprise sur le juge de la preuve littérale qui, seule, aurait pu fortement restreindre sa liberté.

(47) C.E. 4 mars 1955, Athias, p. 129, R.D.P. 1955, p. 745, concl. Jacomet.

(48) C.E. Section, 26 janvier 1951, Galy et Tibayrenc (2 espèces), S. 1951, III, p. 52, concl. Odent.

(49) C.E. Assemblée, 8 décembre 1967, Soc. Ateliers Goetzmann, p. 473.

(50) C.E. 10 juillet 1964, Sieur Miont, A.J.D.A. 1965, p. 45.

§ III — *L'appréciation du juge en cas de détermination légale des procédés de preuve.*

Tout principe comporte des exceptions, toute liberté, des restrictions. L'office du juge administratif en matière de preuve demeure caractérisé par l'existence d'un pouvoir inquisitoire qui s'accompagne normalement de la possibilité, pour le juge, de déterminer, comme il l'entend, à partir de quels éléments il forme sa conviction. C'est cette liberté d'appréciation, corollaire de la liberté des parties dans le choix et l'administration des preuves qui donne tout son sens au caractère inquisitoire de la procédure. Que cette liberté vienne à manquer par suite d'une restriction légale imposant un mode de preuve particulier, et c'est une grande partie du système probatoire qui risque alors d'être remise en cause.

Cette crainte, toutefois, ne doit pas être exagérée.

D'abord, s'il existe certains régimes légaux de preuve, c'est-à-dire une détermination légale des procédés admissibles et de leur force probante, ceux-ci, à notre connaissance, ne sont pas nombreux.

En droit fiscal, le régime de la preuve est prévu par le Code Général des Impôts pour ce qui concerne son objet et sa charge, mais son administration est libre (sauf certaines exceptions (51)). Tous les modes de preuve sont admissibles : comptabilité, documents domestiques, etc... C'est dire que, dans un domaine où, par excellence, la solution du litige dépend d'une question de preuve, le droit commun de la liberté d'administration de la preuve demeure normalement applicable.

On peut trouver des exceptions à ce principe de liberté, mais, et c'est la seconde remarque, lorsqu'il existe un régime légal de preuve applicable devant la juridiction administrative, on constate assez souvent une tendance du juge, sinon à s'affranchir des textes qui exigent un mode de preuve particulier, du moins à leur attribuer un caractère seulement indicatif n'excluant pas la faculté d'un recours à d'autres possibilités de preuves, ou bien à se satisfaire d'un commencement de preuve.

La jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la délivrance des titres de résistance et de déportation et à l'octroi de pensions militaires d'invalidité peut illustrer cette tendance dans un contentieux qui revêt encore une certaine importance.

Le régime des pensions militaires d'invalidité subordonne le droit à pension, soit à une preuve, soit à une présomption d'imputabilité au service de l'affection pour laquelle la pension est demandée (52). Lorsque la preuve de l'imputabilité au service de l'affection pensionnée n'est pas rapportée, le postulant peut, dans

(51) V. Deruel, *La preuve en matière fiscale*, précité.

(52) Articles L 2 et L 3 du Code ; cf. Andrieu-Filliol : *Code annoté des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre*, 5^e éd. 1965.

certaines conditions, prétendre au bénéfice de la présomption d'imputabilité au service de l'affection pensionnée. Mais, alors que le régime de la preuve est libre et que celle-ci peut être administrée par tous les moyens, le bénéfice de la présomption est soumis à des constatations officielles, établies dans des formes et des délais légaux par des autorités médicales militaires compétentes en vue de l'octroi éventuel de la pension.

La dispense de preuve de l'imputabilité de l'affection au service dépend de l'existence d'un constat d'infirmité contemporain des faits en cause et le juge est lié par cette exigence (53).

Dans d'autres cas, c'est l'administration de la preuve elle-même qui est soumise à des conditions légales.

L'octroi d'une pension peut dépendre de l'attribution du titre de déporté-résistant ; or, il résulte du Code des Pensions Militaires (article L. 175, 5° et L. 192) que la preuve des actes isolés de résistance déroge au droit commun de la liberté. En effet, la preuve de l'assistance apportée à un membre de la Résistance ne peut résulter que d'une attestation émanant d'un organisme de Résistance qualifié, ou de témoignages approuvés par ces organismes ou par le Comité Local de Libération. En l'absence de ces pièces justificatives, la demande de pension présentée au titre de la Résistance risque d'être rejetée (54).

Risque seulement, car la jurisprudence montre que le Conseil d'Etat n'hésite pas, s'il l'estime nécessaire, à atténuer les exigences légales de preuve.

Ainsi, l'attribution du titre de déporté-résistant aux personnes victimes de mesures d'exécution, déportation ou internement, causées par des actes qualifiés de résistance à l'ennemi, suppose que soit établie, entre autres, la relation de cause à effet entre la mesure prise à l'encontre du postulant et l'acte de résistance. Un décret prévoit quels sont les modes normaux de preuve de ce lien de causalité (55), soit : une attestation du responsable du réseau, ou bien deux témoignages circonstanciés de personnes ayant assisté à l'acte de résistance en question.

Pendant un certain temps, le Conseil d'Etat se conforme à ces exigences légales et rejette les demandes de titre au motif : « qu'il n'est pas établi, par les modes de preuve répondant aux conditions de l'article 20, que la cause de la déportation ait été l'un des faits qualifiés de résistance prévus à l'article 20 » (56).

Aujourd'hui, la tendance du Conseil d'Etat est inverse. Celui-ci estime, soit que ces modes de preuve sont seulement indicatifs

(53) C.S.C.P. 27 janvier 1967, Beaudonnat, p. 50.

(54) L'arrêt de Section d'Aria du 20 octobre 1967, p. 386, est un exemple de cette exigence légale qui, faute d'avoir été satisfaite, entraîne le rejet de la demande.

(55) Article 20 du décret du 25 mars 1949, devenu articles 320 à 323 du Code.

(56) C.E. 17 octobre 1952, Todeschini, p. 440.

et n'excluent pas d'autres modes de preuve, soit qu'un simple commencement de preuve suffise.

Le juge retrouve ainsi une certaine liberté en décidant, dans un arrêt de Section Arnouil (57) que : « l'existence du lien peut être établie par des documents offrant des garanties au moins égales à celles exigées par l'article 20, et dont la valeur probante doit être appréciée par le ministre *sous contrôle du juge de l'excès de pouvoir*, en égard aux informations contenues dans les diverses pièces du dossier » (en l'espèce, des archives de la police militaire allemande).

De même, en cas de doute, le juge peut se satisfaire d'un commencement de preuve : « bien que les pièces produites par le sieur Delaporte ne puissent être regardées comme établissant avec certitude la cause de sa déportation, et qu'en l'état de l'instruction un doute subsiste en ce qui concerne cette cause, ledit Delaporte a droit à l'attribution du titre de déporté-résistant » (58).

Ces arrêts de Section sont importants. Ils ne signifient pas que le Conseil d'Etat refuse de tirer les conséquences d'un texte déterminant les modes de preuve admissibles (voir note 54), mais ils indiquent que le juge administratif, par une interprétation large de ces textes, leur confère une valeur seulement indicative et peut admettre d'autres modes de preuve.

La liberté du régime de la preuve administrative tend à nouveau à s'affirmer.

Pour les parties, cette liberté consiste dans la possibilité de justifier leurs prétentions à l'aide de tous les moyens jugés utiles, compte tenu du caractère écrit de la procédure et de l'utilisation assez restreinte des mesures de vérification ordonnées par le Conseil d'Etat. Pour le juge, la liberté de la preuve touche à l'intime conviction : c'est la faculté de s'estimer convaincu sans qu'une preuve entière des faits de la cause ait été administrée, ou d'exiger, au contraire, une démonstration complète ne laissant subsister aucun doute.

(57) C.E. Section, 15 mai 1953, Arnouil, p. 237.

(58) C.E. Section, 4 décembre 1959, Delaporte, p. 655.

CHAPITRE SECOND

LE PRINCIPE DE L'INTIME CONVICTION

Sans prétendre effectuer une bien délicate introspection des conditions de formation de la conviction du juge (1), on peut toutefois constater que l'attitude du juge administratif est tantôt rigoureuse et tantôt libérale.

Dans le premier cas, il refuse que la preuve puisse résulter « d'une probabilité, même forte, d'une vraisemblance ou d'une hypothèse » (2). Dans le second, un commencement de preuve, rendant probable l'existence du fait contesté, suffit (3).

La conviction du juge peut donc résulter, soit d'une preuve complète, soit d'un commencement de preuve constituant une présomption ou une probabilité suffisante, soit même d'une allégation sérieuse non contestée (4). Les exigences du juge relatives à l'administration de la preuve ne sont pas les mêmes dans chacune de ces hypothèses. A la limite, lorsqu'il se satisfait d'une allégation sérieuse non contestée, le juge administratif dissocie complètement l'allégation et la preuve de cette allégation pour n'exiger que la première partie de la « démonstration ».

Il est impossible de déterminer d'une manière absolue les critères de variation de l'attitude du juge. En ce domaine de la formation de la conviction du juge, plus encore que pour la charge de la preuve, les certitudes sont difficiles et l'on peut tout au plus essayer de dégager les *tendances* qui résultent d'une jurisprudence très nuancée et parfois difficile à interpréter.

(1) V. R. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat », in Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, Sirey 1949, p. 239.

(2) Arrêt Beaudonnat, précité, Rec. Leb. 1967, p. 50.

(3) Delaporte, précité ; Sudaka et Lamas, précité.

(4) C.E. 18 juin 1952, Ali Tur, p. 322 ; C.E. 11 octobre 1963, Assoc. « Les amis du site de Clagny », A.J.D.A. 1964, p. 55, concl. Braibant.

Sous réserve de cette observation, les exigences du juge paraissent être influencées par trois catégories de facteurs.

La formation de la conviction du juge varie, tout d'abord, en fonction de *l'objet* de la demande qui lui est adressée par les parties (Section I). Tantôt celle-ci a pour but la reconnaissance ou la confirmation d'un droit en justice, tantôt elle tend à obtenir l'annulation d'un acte administratif auquel le particulier cherche seulement à se soustraire sans demander au juge la reconnaissance d'un véritable droit subjectif (la notion de droit subjectif à la légalité ne nous paraît pas pouvoir correspondre à l'ensemble du contentieux de l'annulation). Dans le premier cas, le juge a tendance à exiger la preuve du droit dont une partie se réclame, dans le second, l'absence de véritable droit explique que l'accent soit plutôt mis sur les résultats de l'instruction envisagée globalement que sur une preuve proprement dite.

En second lieu, l'attitude du juge diffère selon les *moyens* dont cette demande est assortie (Section II). On constate généralement que la preuve de l'incompétence ou d'un vice de procédure est plus aisée à établir que celle d'un détournement de pouvoir.

Enfin le caractère des preuves recherchées à l'appui du moyen invoqué, c'est-à-dire l'objet de ces preuves, influence aussi le juge. L'existence d'un lien entre l'objet et l'administration de la preuve est mise en valeur par l'attitude du juge qui atténue, ou renforce, ses exigences en fonction de la nature de l'objet de la preuve, et peut ainsi faire varier le contrôle qu'il désire exercer sur l'action de l'administration (Section III).

SECTION I. — VARIATION DES EXIGENCES DU JUGE EN FONCTION DE L'OBJET DE LA DEMANDE EN JUSTICE.

En quoi la formation de la conviction du juge peut-elle être affectée par la nature de la prétention qui lui est soumise ?

La nature de la question posée au juge entraîne logiquement des conséquences sur la réponse qui lui est apportée. Elle permet aussi d'expliquer certaines différences dans la formation de la conviction du juge selon les différents contentieux.

§ I — *Recherche des conséquences de la nature de la demande en justice sur les conditions de la formation de la conviction du juge.*

La nature de la prétention, c'est-à-dire l'objet de la demande adressée au juge administratif, varie selon les litiges. Or il existe un lien logique entre tous les éléments de l'instance examinés par le juge au cours d'un même procès. Demande, cause et partie constituent les éléments distinctifs du procès dont ils délimitent l'étendue. Par rapport à ces éléments d'identification juridique du litige, les moyens, et les preuves avancées à l'appui de ces moyens,

sont des éléments de justification du bien-fondé de la demande. Ils peuvent être modifiés sans qu'il soit porté atteinte aux éléments d'identification de l'instance (5). En ce sens, il ne saurait être question d'établir une relation stricte entre l'objet de la demande en justice et la nature des preuves administrées par les parties.

Ce sont plutôt les conditions de formation de la conviction du juge qui semblent différer.

A) *Lorsque le juge administratif est saisi d'une demande tendant à la reconnaissance d'un droit*, même si celle-ci ne s'exprime qu'à travers la « fiction » d'une demande d'annulation d'une décision préalable, la cause juridique de cette demande réside dans le principe juridique spécial qui en constitue le fondement : responsabilité pour faute, imprévision, droit à indemnisation réparatrice d'un dommage subi, et, d'une manière générale, la règle dont le bénéfice est invoqué par le demandeur et sous la protection de laquelle il entend se placer. L'étendue du débat est fixée restrictivement par les termes de la demande, et le juge a tendance alors à ne statuer qu'à partir des preuves produites par les parties au soutien de leur prétention.

En effet, la question posée au juge a trait à l'attribution, la reconnaissance ou la protection d'un droit. Le juge statue sur cette demande et, dans cette optique, sa décision dépend essentiellement de la preuve du droit ou du bien-fondé de la prétention.

B) *Au contraire, lorsque le juge est saisi d'une demande tendant, non pas à la reconnaissance d'un droit, mais seulement à l'annulation d'une décision administrative* à laquelle le requérant décide de se soustraire, la question posée au juge est bien différente. La cause juridique de la demande est toujours un principe sous la protection duquel l'administré entend se placer, mais sa généralité : la légalité, lui ôte toute signification pratique. Ce qu'il est alors demandé au juge de faire, c'est de se prononcer sur la légalité intrinsèque de l'acte attaqué. Dans cette optique, la décision juridictionnelle dépend de la conviction que le juge a de l'illégalité invoquée et non de la preuve d'un droit. Cette différence n'est pas seulement de forme. La constatation objective d'une illégalité n'est pas assimilable à la reconnaissance subjective d'un droit.

Lorsque l'accent est mis sur la preuve qui doit être administrée par une partie, le juge a tendance à utiliser la formule : « considérant que le requérant (ou l'administration) établit (ou n'établit pas) que... ». On la rencontre, en général, lorsque le juge est conduit à apprécier la valeur d'une prétention à partir de la

(5) C.E. Section, 29 juin 1959, Syndicat Algérien de l'éducation surveillée C.F.T.C., p. 399, concl. Fournier.

démonstration proposée par la partie intéressée. Cette formule est souvent observée dans le plein contentieux (6).

Lorsque l'accent est mis sur la conviction que le juge retire de l'instruction, c'est plutôt le « considérant qu'il résulte (ou ne résulte pas) de l'instruction, ou des pièces du dossier » qui est employé. La formule est moins stricte : pour le juge, la solution du litige (c'est-à-dire la constatation de la nullité d'un acte) est plus une affaire de conviction que de preuve. C'est, en principe, le cas dans le contentieux de l'annulation (7).

Faut-il, pour autant, en déduire que le clivage proposé correspond rigoureusement à la distinction des contentieux telle qu'elle est faite aujourd'hui par la majorité de la doctrine, en contentieux objectif et subjectif ?

Nous ne le pensons pas. La répartition des formules n'est pas absolue et comporte des exceptions (8). Surtout, la distinction n'est pas aussi tranchée : de plus en plus souvent le recours pour excès de pouvoir permet à celui qui l'intente de faire valoir un droit (cf. supra Première Partie).

§ II — *La distinction actuelle des contentieux ne rend pas suffisamment compte des différences dans la formation de la conviction du juge.*

Cette distinction s'explique essentiellement par l'idée que le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif qui ne permet pas à celui qui l'intente de faire valoir un droit. Or cette proposition n'est plus entièrement vérifiée.

L'école subjectiviste classique (9) parlait déjà du droit subjectif à la légalité sous toutes ses formes, c'est-à-dire d'un droit des administrés au respect des compétences, à l'observation, par la puissance publique, des formalités administratives... etc. Pour M. Kornprobst (10), l'objet du droit créé par le succès d'une action en excès de pouvoir est la protection d'une situation individuelle que le demandeur estime irrégulièrement affectée par l'édition d'un acte administratif. L'objet du recours pour excès de pouvoir,

(6) C.E. 6 juillet 1966, Société Laitière métropolitaine et autres, p. 440 (pour obtenir réparation d'un préjudice, il appartient à la victime d'en rapporter l'existence et d'en établir le montant). C.E. Section, 24 février 1967, Sieur Gonthier, p. 92 : « L'intéressé n'établit l'existence d'aucune faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat à son égard en raison du préjudice qu'il allègue ». En matière fiscale, v. par ex. C.E. 29 juin 1966, p. 425.

(7) En matière de police : C.E. 1^{er} décembre 1965, Rodès, A.J.D.A. 1966, p. 377 ; d'admission à concourir : C.E. 6 février 1952, Delle Cazarre, p. 87 ; en matière disciplinaire, C.E. 2 mars 1951, Mesure, p. 128 ; en matière d'épuration, C.E. 16 avril 1948, Richard, A. 1948, III, p. 62, M.L.

(8) C'est notamment le cas pour la preuve du détournement de pouvoir.

(9) Bonnard, « Les droits publics subjectifs des administrés », R.D.P. 1932, p. 695.

(10) « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », thèse précitée, p. 245 et s.

ce n'est donc pas le respect de la légalité, mais le maintien (ou l'amélioration) de la situation individuelle. Pour l'auteur, le recours pour excès de pouvoir fait donc toujours valoir un droit : le droit au respect d'une situation juridiquement protégée.

Si l'on adoptait les conclusions les plus avancées de la thèse subjectiviste, rien, alors, ne permettrait de distinguer, quant à sa nature, l'objet de la demande en excès de pouvoir et celui de la demande dans une instance de plein contentieux.

Cette thèse paraît excessive : des différences subsistent dans la nature de la question posée au juge, mais celles-ci ne s'ordonnent pas autour de la distinction actuelle des contentieux telle qu'elle est établie par la majeure partie de la doctrine.

Le clivage essentiel, en matière d'administration de la preuve, dépend de la nature de la prétention soumise au juge, envisagée du point de vue suivant : tantôt c'est l'administration qui a pris l'initiative de la prétention d'où est né le litige, et tantôt cette prétention initiale est imputable au requérant (11). Le problème posé au juge n'est pas identique dans les deux cas.

A) *Lorsque l'administré a pris l'initiative de la prétention initiale* à laquelle s'est ensuite opposée l'administration, la saisine du juge a pour but de continuer, sur un plan juridictionnel, l'instruction d'une demande présentée auparavant à l'administration. « Ce que le requérant demande alors au juge, ce n'est pas qu'il statue sur la légalité intrinsèque de la décision attaquée, qui lui est indifférente, mais sur son droit » (11).

La règle de la décision préalable n'est plus qu'une « fiction » au delà de laquelle le véritable objet de la demande adressée au juge n'est pas l'annulation de la décision attaquée, mais, à travers elle, la reconnaissance du droit lésé, la confirmation du bien-fondé de la prétention initiale rejetée par l'administration.

Cette situation, qui caractérise normalement le contentieux de pleine juridiction (la prétention opposée à l'administration consiste dans le droit à l'exécution d'un contrat, à l'indemnisation d'un préjudice, etc...), peut parfaitement se rencontrer dans le contentieux de l'annulation. Le recours pour excès de pouvoir devient alors le moyen de faire valoir un droit. Il en va ainsi chaque fois qu'avant l'introduction du pourvoi l'administré a fait valoir une prétention : demande d'attribution de titre, de reconnaissance d'un droit.. que l'administration a rejetée.

Ce qui intéresse le réclamant, la cause de son recours juridictionnel, ce n'est pas la nullité éventuelle de la décision de refus en tant que telle, c'est la reconnaissance de son droit en justice. L'illégalité de la décision refusant de faire droit à la demande de

(11) M. Kahn a proposé cette distinction dans ses conclusions sous l'affaire Ginestet, cf. A.J.D.A. 1956, p. 164. Elle nous paraît fondamentale en matière d'administration de la preuve.

l'administré dépend de la preuve du bien-fondé de cette demande, et c'est essentiellement cette preuve que le juge attend pour statuer et annuler la décision de refus.

Dans cette hypothèse, seulement, il est possible de parler d'un droit subjectif à la légalité : la demande d'annulation adressée au juge est uniquement le moyen de provoquer une décision juridictionnelle sur la prétention initiale à laquelle l'administration a refusé de faire droit (12).

B) *A l'inverse, la demande adressée au juge par le requérant n'a plus le même sens si elle intervient à la suite d'une prétention de l'administration à laquelle le particulier cherche seulement à se soustraire. En principe, il ne cherchera pas à démontrer qu'il possède un droit, mais uniquement à faire constater la nullité de la décision administrative, par exemple l'illégalité d'une réquisition, ou d'une sanction disciplinaire.*

On retrouve pleinement, dans ce domaine, l'inégalité des parties consécutive à l'absence de relations juridiques antérieures à la décision administrative attaquée (voir supra p. 104). Le juge statue alors beaucoup plus sur la légalité intrinsèque d'un acte que sur la reconnaissance directe d'un droit. C'est ce que l'on constate en matière disciplinaire ou en matière de police lorsque, de sa propre initiative, ou bien à la demande d'un tiers, l'administration prend un règlement ou même une mesure individuelle. Certes, pour être accueillie, la demande d'annulation doit reposer sur des éléments de convictions sérieux ; l'action administrative, envisagée du point de vue de l'intérêt général, porte nécessairement atteinte à des intérêts particuliers variés, elle ne doit pas être perpétuellement gênée. Le requérant n'est pas dispensé d'apporter des preuves s'il désire que soit établie l'illégalité. Le juge est attentif à ces preuves, mais sa conviction résulte plutôt de l'ensemble de l'instruction. Nous retrouvons ici une certaine neutralisation de la preuve consécutive à l'idée que c'est moins la reconnaissance d'un véritable droit que la constatation objective d'une illégalité qui est demandée au juge (13).

(12) Annulation d'un retrait de titre au motif « le ministre ne peut être regardé comme établissant, ainsi qu'il lui incombe de le faire, que l'intéressé n'ait pas été arrêté puis déporté pour faits de résistance ». C.E. Section, 29 mai 1963, Pérazzini, A.J.D.A. 1964, p. 38.

Annulation d'une décision refusant d'accorder une autorisation d'exercer une profession, l'intéressé ayant justifié qu'il remplissait les conditions d'exercice de cette activité professionnelle. C.E. 15 juillet 1964, Min. de la Santé Publique c/Lalo, A.J.D.A. 1965, p. 125, concl. Braibant.

(13) C'est aux résultats de « l'instruction » ou à l'examen des « pièces versées au dossier » qu'il est fait appel par le juge pour :

— examiner les caractères d'un déplacement d'office pour savoir s'il s'agissait d'une mesure disciplinaire : C.E. 16 novembre 1966, Dame Pelé, A.J.D.A. 1967, p. 182 ;

— décider que de « sévères observations adressées à un fonctionnaire sont des mesures d'ordre intérieur » : C.E. 10 février 1967, Dupré, A.J.D.A. 1967, p. 300 ;

— ou bien que, en cas de grève, les nécessités de l'ordre public exigent

En définitive, même si l'utilisation des formules étudiées n'indique pas à coup sûr une différence dans la formation de la conviction du juge, il nous paraît important de retenir que, lorsque l'annulation d'une décision n'est demandée que pour permettre la reconnaissance d'un droit, la décision du juge dépend de la preuve de ce droit. Lorsque le recours ne fait pas valoir de véritable droit, le juge doit, pour se prononcer, examiner la légalité intrinsèque de l'acte attaqué. Sa conviction dépend des résultats de cet examen qui englobe tous les éléments de preuves apportés par les parties.

Cette distinction ne correspond pas exactement à celle des contentieux telle qu'elle est établie par la majorité de la doctrine : il faut tenir compte des hypothèses dans lesquelles, au delà de la demande d'annulation d'un acte, le recours pour excès de pouvoir a pour but la reconnaissance d'un droit.

SECTION II. — VARIATION DES EXIGENCES DU JUGE EN FONCTION DES MOYENS INVOQUES A L'APPUI DE LA DEMANDE EN JUSTICE.

Ne pouvant examiner ici tous les chefs d'illégalité, on constatera simplement que l'administration de la preuve de moyens tirés de la légalité interne de l'acte est, en général, plus délicate que celle des irrégularités dites externes (14).

§ I — *La preuve du détournement de pouvoir.* (15)

Le détournement de pouvoir a toujours occupé, dans la doctrine, une place à part, sans comparaison avec le peu d'importance qu'il représente aujourd'hui dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (16). Ce déclin est normal et s'explique par le développement du contrôle des motifs qui est effectué indépendamment de celui du but et suffit, dans bien des cas, à censurer l'action de l'administration.

Beaucoup de raisons ont été invoquées pour expliquer l'atti-

la présence à leurs postes de certains fonctionnaires à l'exclusion d'autres : C.E. Section, Syndicat National des Fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures de France et d'O.M., A.J.D.A. 1967, p. 99, concl. Bertrand ; — ou bien encore, examiner si une atteinte portée au droit de propriété est justifiée par les nécessités du moment : C.E. Section, 26 avril 1968, Sieurs Morel et Rivière, A.J.D.A. 1968, p. 480.

(14) Gazier, Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir. C.E. Etudes et Documents 1951, p. 77.

(15) Mlle Lemasurier, « La preuve du détournement de pouvoir », R.D.P. 1959, p. 38 ; R. Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », R.D.P. 1952, p. 292.

(16) 0,29 % des annulations internes prononcées par le Conseil d'Etat au cours de l'année 1965-66 (cf. Séminaire d'Etude dirigé par M. Drago, publié in Etudes et Documents du C.E. 1967, p. 151). La proportion est certainement plus élevée devant les tribunaux administratifs qui connaissent directement du contentieux des collectivités locales.

tude restrictive du juge administratif à l'égard de ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Le souci de ménager les susceptibilités de l'administration en évitant un grief jugé trop « péjoratif » (Mlle Lemasurier), la volonté aussi de ne pas exercer, par le biais d'une sorte de « psychanalyse » de l'administration, un contrôle « hiérarchique », voire une censure de la « moralité » administrative.

Enfin, sous des formules diverses, la difficulté de la preuve du détournement de pouvoir a toujours été soulignée. Considérée globalement, cette affirmation est entièrement exacte et ne favorise pas le développement ou le maintien d'un moyen d'annulation qui, quoique presque toujours invoqué, n'est que très rarement *établi*.

Cependant, pour Mlle Lemasurier, il n'existe pas de déclin du détournement de pouvoir ; celui-ci « regagne en efficacité ce qu'il a perdu en étendue, grâce à l'élargissement des moyens de preuve » (17). Le mal serait, en somme, attaqué à la racine et la libéralisation de la preuve du détournement de pouvoir résulterait d'un élargissement des moyens de preuve susceptibles d'être utilisés pour convaincre le juge.

Le détournement de pouvoir pourrait dès lors résulter, aujourd'hui, non seulement des termes mêmes de la décision attaquée — ce qui, sauf grossière erreur de plume, est rarement décelable —, mais également de toutes les pièces du dossier, d'un faisceau de présomptions, voire de circonstances extérieures au litige, même postérieures à celui-ci.

La jurisprudence confirme effectivement une libéralisation, mais elle ne dépend pas d'une quelconque spécificité des moyens de la preuve du détournement de pouvoir et de leur administration. Nous avons déjà expliqué pourquoi ce qui est présenté comme un élargissement des moyens de preuve du détournement de pouvoir n'est, à notre avis, que le résultat d'une action du juge, non sur les modes de preuve, qui sont libres, mais sur l'objet de la preuve (v. *supra* p. 55 et s. et surtout p. 84).

Le libéralisme (très relatif) observé résulte d'un déplacement de l'objet de la preuve, de la substitution à la preuve de l'intention subjective, par hypothèse insondable, de celle d'un fait objectif permettant d'induire la preuve de l'illégalité du but. Il faut donc dissocier les deux questions de l'objet de la preuve du détournement de pouvoir et de son administration. Le libéralisme constaté n'affecte que le premier point et ne paraît pas devoir s'étendre au second.

1) En acceptant qu'un détournement de pouvoir puisse être présumé à la suite de la preuve d'un fait matériel, distinct de l'intention de l'auteur de l'acte, par exemple une nomination prise

(17) Article précité, p. 66.

en vertu de dispositions statutaires dont il apparaît alors qu'elles ont eu pour but de faire échec à l'autorité de la chose jugée (18), le Conseil d'Etat se borne à autoriser un déplacement de l'objet de la preuve. Il s'efforce ainsi d'atténuer la contradiction qui existe normalement entre l'objet de la preuve, qui est subjectif (preuve d'une intention), et les moyens de preuve, qui permettent difficilement à l'administré de se livrer à une introspection des mobiles de l'auteur de l'acte. Dans cette tentative d'harmonisation, c'est l'objet de la preuve qui est déplacé ; les modes de preuve, eux, ne changent pas. Le déplacement de l'objet de la preuve permet d'introduire la notion de présomption dans le domaine du détournement de pouvoir à partir de la preuve d'un fait distinct de l'intention contestée (19). Là s'arrête le libéralisme.

2) L'administration de la preuve des faits permettant ainsi au juge de présumer l'existence d'un détournement de pouvoir n'a, en effet, reçu aucun assouplissement particulier. Les faits autorisant le juge à tenir pour certain un détournement de pouvoir doivent toujours être *établis*.

Raphaël Alibert écrivait que « tous les moyens sont légitimes qui procurent au Conseil d'Etat, non pas même la *preuve* du détournement de pouvoir, mais la *conviction* qu'il a été commis » (20). L'idée de liberté dans l'admission des moyens de preuve est parfaitement exacte, par contre nous ne partageons pas l'opinion de l'éminent auteur sur le second point. Contrairement à ce que l'on pense souvent, nous estimons qu'à partir du moment où le juge a admis un certain déplacement de l'objet de la preuve, c'est moins de conviction que de preuve qu'il s'agit, en matière de détournement de pouvoir. C'est ce qui en explique la rareté. Le juge administratif pouvant fort bien considérer qu'eu égard à la difficulté de la preuve de l'illégalité du but, c'est-à-dire de la recherche d'une intention, celle-ci importerait moins que la conviction qu'il aurait du détournement de pouvoir.

En rejetant ce moyen chaque fois que « le détournement de pouvoir allégué n'est pas *établi* », le juge a préféré agir sur l'objet de la preuve tout en maintenant son exigence initiale en matière d'administration de cette preuve. Si les faits qui permettent au juge d'induire l'existence d'un détournement de pouvoir ne sont pas établis, celui-ci est rejeté.

On ne trouve, dans la jurisprudence du détournement de pouvoir, rien de comparable avec l'essor qu'a pris le contrôle des motifs associé à l'intervention active du juge administratif dans la recherche de ces motifs, chaque fois que, sur la base d'une allé-

(18) C.E. Assemblée, 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, D.S. 1962, p. 664, concl. Henry.

(19) Cf. Fournier et Braibant, Chr. à l'A.J.D.A. 1957, II, p. 89.

(20) R. Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Payot, 1926, p. 64.

gation sérieuse du requérant, l'administration adopte une attitude vague ou équivoque.

Et c'est bien, en définitive, la raison du déclin du détournement de pouvoir. Cette illégalité est en quelque sorte « passée de mode ». On le savait déjà, depuis que le Conseil d'Etat admet, en vertu de la théorie de la pluralité des buts, que la poursuite d'un but illégal ne suffit plus à entraîner l'annulation de l'acte. On en reçoit confirmation tous les jours depuis que s'est développée l'intervention de l'Etat et des collectivités publiques dans le domaine économique et financier. Il est devenu plus rationnel de comprendre et éventuellement censurer les manifestations de la puissance publique en ce domaine à partir d'un examen de ses motifs que de contrôler la légalité de son but au regard d'une législation qui, de plus en plus, fait de la discrimination un principe d'action courant (21).

La difficulté de la preuve du détournement de pouvoir est donc double. Elle dépend d'abord de ce qui doit être prouvé. Le juge admet un certain déplacement de l'objet de la preuve, mais on ne saurait, malgré tout s'attendre, nous semble-t-il, à un grand développement de la notion de présomption dans ce domaine.

Elle dépend ensuite des investigations que le juge est susceptible de décider pour faciliter l'administration de cette preuve. Or, c'est plutôt vers la recherche des motifs que vers celle du but que la jurisprudence la plus récente s'oriente. Si le juge de la légalité semble, actuellement, décidé à étendre le contrôle qu'il exerce sur l'administration par le biais d'une action sur l'administration de la preuve, c'est plutôt par l'examen des motifs que par celui du but qu'il tente d'y parvenir.

§ II — *La preuve du détournement de procédure.*

Le cas du détournement de procédure est assez différent. Non point qu'il puisse toujours être considéré comme un contrôle de légalité externe, car, à bien des égards, il entache à la fois la légalité interne et la légalité externe de l'acte (22), mais parce que l'administration de sa preuve a pour objet une constatation de fait objective.

Pressentie dès le début du xx^e siècle, c'est-à-dire à une époque où elle n'a guère de chances d'apparaître comme autre chose qu'une forme particulière de détournement de pouvoir (23), cette illégalité prend son véritable essor avec la jurisprudence sur l'épu-

(21) C.E. Section, 29 juin 1951, Syndicat de la Raffinerie du Soufre Français, p. 377, S. 1952, III, p. 33, concl. Barbet, D. 1951, p. 661, note Waline. Cf. aussi De Soto, Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique, Etudes et Documents du C.E. 1952, p. 64.

(22) G. Camus, « Réflexions sur le détournement de procédure », R.D.P. 1966, p. 65.

(23) C.E. 14 février 1902, Lalaque, S. 1903, III, p. 97, note Hauriou.

ration et l'arrêt de Section Richard du 16 janvier 1948 (24). Pour le Commissaire du Gouvernement, le détournement de procédure se définit alors comme « le fait pour une autorité administrative d'utiliser un texte contrairement à sa portée et en dehors de son champ d'application pour édicter une mesure qu'elle était en droit de prendre en vertu d'un autre texte ».

Ainsi, il y a détournement de procédure si un fonctionnaire, traduit devant une commission d'épuration, fait l'objet d'une sanction prise en application d'un texte non disciplinaire qui ne donne pas lieu aux mêmes garanties.

Contrairement au détournement de pouvoir qui, sauf déplacement important de l'objet de la preuve, repose sur la recherche d'une intention, le détournement de procédure dépend de la preuve « du fait matériel de l'emploi d'un texte en dehors de son domaine ». Il suffit, pour cela, que le juge soit à même de comparer le résultat recherché par l'administration avec la procédure utilisée à cet effet.

Deux preuves doivent être rapportées qui, dans les deux cas, portent sur des éléments extérieurs à l'intention de l'administration.

1) Le juge considère d'abord quel résultat l'administration a voulu obtenir. Des éléments de preuve objectifs facilitent cette recherche. Souvent la preuve du résultat poursuivi par l'administration « se lit dans l'objet même de l'acte édicté ou bien se révèle dans ses effets juridiques ou matériels (25).

Il s'agira, par exemple, d'établir qu'un ordre de réquisition a été pris à seule fin de permettre un internement administratif (26), que la saisie d'un journal « a eu pour objet, non de constater des crimes ou délits contre la sûreté de l'Etat, mais d'empêcher (par une mesure de police administrative) la diffusion » de ce journal (27). En général cette preuve découle d'un examen par le juge de l'objet de la mesure. Le résultat poursuivi par l'administration apparaît « manifestement » au cours de l'instruction, à la lecture de l'acte attaqué (cf. arrêts précités).

2) Il faut ensuite établir quelle a été la procédure effectivement suivie par l'auteur de l'acte pour parvenir à ce résultat. Dans la plupart des cas cette recherche demeure purement formelle et ressort des textes visés au cours de la procédure. Mais il est possible que les formalités effectuées par l'administration ne correspon-

(24) S. 1948, III, p. 62, note Letourneur.

(25) G. Camus, article précité, p. 72. Pour un exemple de détournement de procédure en matière disciplinaire, résultant des termes mêmes de la décision attaquée, v. C.E. 18 décembre 1968, Brunné, J.C.P. 1969, 15733.

(26) C.E. Assemblée, 3 février 1956, Keddar, A.J.D.A. 1956, II, p. 96.

(27) C.E. 24 juin 1960, Frampar, p. 412. V. aussi Rodès, 1^{er} décembre 1965, p. 841.

dent pas à celles qui sont légalement prévues ; dans ce cas, le juge constate cette distorsion en comparant les prescriptions édictées par l'autorité administrative avec celles que prévoit la procédure invoquée.

3) Enfin la confrontation du résultat obtenu et de la procédure utilisée permet au juge de se prononcer sur leur compatibilité et d'annuler l'acte s'il apparaît que la procédure légalement prévue pour atteindre le but poursuivi n'est pas celle qui, en réalité, a été utilisée par l'administration.

Même s'il n'a pas été érigé en moyen d'annulation vraiment autonome, encore que certaines décisions d'annulation l'évoquent ouvertement (28), le détournement de procédure offre la possibilité de censurer un comportement administratif irrégulier à l'aide de preuves plus accessibles à l'administré.

La preuve du détournement de procédure se rapproche, en cela, de celle des illégalités purement externes.

§ III — *La preuve d'une illégalité « externe ».*

Ne pouvant étudier toutes les difficultés d'administration de la preuve des illégalités « externes », on s'attachera seulement à présenter quelle est, pour l'incompétence et pour le vice de forme proprement dit, l'attitude du juge à l'égard d'un problème particulier

A) La preuve de l'incompétence de l'auteur de l'acte.

Envisagée sous toutes ses formes, l'incompétence représente actuellement près du quart des annulations dites externes prononcées chaque année par le Conseil d'Etat (29). Une partie de ce contentieux s'explique sans doute par la définition du domaine de la loi, effectuée en 1958 par l'article 34 de la Constitution, mais l'essentiel, semble-t-il, provient encore de la méconnaissance, par un agent administratif, des textes qui déterminent, au sein de l'administration, la répartition matérielle et personnelle des compétences.

Pour que soit établie une incompétence, il faut que le juge soit à même de constater que les faits ne correspondent pas à la règle de compétence applicable. Le seul problème de preuve susceptible de se poser dépend de l'établissement de ces faits. Or, bien souvent, l'incompétence pose plus un problème de droit qu'un problème de fait, soit parce que les agissements matériels de l'agent ressortent d'un examen formel de l'acte, soit parce que le texte applicable est ambigu et doit simplement être interprété par

(28) Trib. Adm. Paris, 4 juillet 1967, Dame Milcent, p. 595 (utilisation d'une procédure d'urgence en dehors de son champ d'application).

(29) Séminaire dirigé par M. Drago, précité.

le juge. Par exemple, c'est uniquement une question de droit qui est posée au juge lorsqu'est critiqué le refus, par le ministre, d'exercer son pouvoir hiérarchique pour examiner une demande dont il est saisi par un employeur à l'encontre d'une décision de l'Inspecteur du Travail (30). (Le ministre avait-il l'obligation d'exercer un contrôle hiérarchique ?).

La détermination de l'agent qui a édicté l'acte ne pose pas de difficulté lorsqu'il suffit, par exemple, d'examiner la signature de l'acte. L'incompétence est établie dès lors que le juge constate que cet agent n'est pas celui qui aurait dû légalement intervenir. Par exemple, est entachée d'incompétence la décision préfectorale qui aurait dû faire l'objet d'un arrêté ministériel (31). La délégation de signature donnée par le ministre à un conseiller technique est annulée car, les conseillers techniques ne figurant pas au nombre des délégataires prévus par la loi, « l'arrêté attaqué porte au-dessus du nom de son signataire la mention « Pour le Ministre, et par délégation, le Conseiller technique » (32).

D'autre part, le grief d'incompétence tiré de l'illisibilité d'une signature n'est rejeté que s'il résulte de l'instruction, et notamment des observations ministérielles, que la signature émane effectivement d'un fonctionnaire compétent (33). Cela semble bien indiquer que, s'agissant de faits internes à l'administration, comme d'une délégation de signature, il suffit, en la matière, que cette irrégularité soit alléguée, la preuve contraire incombant alors à l'administration. La dissociation de l'allégation et de la preuve s'accompagne alors d'un transfert de la charge de la preuve.

Cette jurisprudence, assez favorable aux administrés, a cependant reçu une restriction à propos de la notion de fonctionnaire empêché.

L'empêchement d'une autorité normalement compétente est le type même du fait interne à l'administration que celle-ci est bien plus à même d'établir que l'administré qui ne connaît, en principe, que l'activité externe de celle-ci. Aussi la validité d'une délégation de signature ou d'une suppléance est subordonnée à l'existence de tels empêchements. Certaines décisions indiquent nettement que c'est à l'administration de justifier cet empêchement (34). D'autres, au contraire, exigent que le requérant établisse que le fonctionnaire *n'était pas* empêché, ou, du moins, que cette absence d'empêchement résulte de l'instruction (35).

La tendance actuelle est assez nuancée car l'attitude du juge

(30) C.E. Section, 30 juin 1950, Quéralt, Dt. Soc. 1951, p. 246, concl. Delvolvé.

(31) C.E. 15 janvier 1954, Desmond.

(32) C.E. 26 mai 1950, Andrade, p. 311.

(33) C.E. 18 janvier 1950, consorts Tricornot, p. 678.

(34) C.E. 31 juillet 1948, Bardèche, p. 381.

(35) C.E. 4 juillet 1955, Dame Vve Liévrard, p. 387 ; C.E. 18 décembre 1957, Delle Muller, p. 682.

a évolué. Le Conseil d'Etat constate qu'il y a, en fait, toujours des fonctionnaires empêchés. Dans un souci d'efficacité de son contrôle, et afin de ne pas gêner continuellement l'activité des services publics, il a été conduit à n'exiger qu'une preuve assez relative qu'explique la double négation alors utilisée : « considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que le fonctionnaire *n'ait pas* été empêché » (36). L'utilisation de cette formule montre que le Conseil d'Etat admet comme un fait d'expérience qu'un fonctionnaire peut être empêché, auquel cas le suppléant sera présumé compétent, à moins que l'instruction ne permette d'établir le contraire. Il y a là une certaine rigueur du juge à l'égard des administrés qui s'explique par des considérations pratiques et un souci d'adaptation du contrôle juridictionnel aux exigences de la vie administrative.

B) *La preuve des formalités administratives.*

La procédure d'édition d'un acte administratif peut être entachée de bien des irrégularités formelles.

Les unes résultent de l'examen direct de l'acte, celui-ci portant en quelque sorte en lui-même sa propre irrégularité. Il suffit alors au juge de constater ce vice de forme, par exemple l'absence de motivation d'une décision qui devrait être motivée (37), ou bien l'absence de visa (38), à moins que l'existence de la formalité à laquelle il correspond soit établie par les pièces du dossier (39).

Mais une irrégularité de procédure n'est pas toujours aussi directement discernable ; elle pose alors un problème de preuve des formalités dont l'accomplissement ou la régularité sont contestés.

Toutefois, l'administration de cette preuve ne présente pas, en principe, de grosses difficultés, et s'accompagne souvent d'une dissociation et d'un transfert de la charge de la preuve. On le constatera pour la preuve des formalités en général, et pour celle de la formalité spéciale de la communication du dossier, qui connaît actuellement des développements importants.

1) Le particulier doit, naturellement, alléguer une irrégularité, un vice de procédure, pour que l'administration soit ensuite tenue

(36) En ce sens : C.E. 12 mars 1958, Aquaviva, p. 156 (suppléance du Gouverneur Général de l'Algérie par le Secrétaire Général du Gouvernement). C.E. Section, 10 décembre 1965, S.A. d'exploitation du nouveau Casino Municipal de Menton, p. 675 (Légalité d'une délégation de signature d'un secrétaire général de préfecture). C.E. 2 mars 1966, Premier Ministre c/Delle Blanchet, p. 153.

(37) C.E. Section, 28 mai 1965, Delle Riffault, p. 315.

(38) C.E. Section, 15 juillet 1964, Sterboul, A.J.D.A. 1964, p. 573.

(39) C.E. 26 mai 1965, Sieur Kutschera, A.J.D.A. 1965, p. 473. En effet, c'est l'existence de la consultation ou de l'avis recueilli au cours de la procédure qui importe, beaucoup plus que la présence du visa de ces formalités dans l'acte. En ce sens, v. C.E. 20 mars 1964, Epoux Tihay et autres, A.J.D.A. 1964, p. 711.

d'établir l'existence ou l'accomplissement légal de la formalité critiquée. Mais le requérant ne saurait se contenter d'alléguer purement et simplement un vice de procédure, il doit être précis dans ses affirmations et, par exemple, indiquer nettement pourquoi il estime que la procédure utilisée par l'administration est illégale ; il doit dire concrètement en quoi consiste l'irrégularité alléguée. S'il soutient que l'avis émis par une commission est entaché d'irrégularité, il devra assortir cette affirmation de précisions suffisantes : absence de vote à bulletin secret (40), ou bien absence de vote particulier pour une question particulière (41). Si le ministre ne dénie pas formellement les allégations précises et ne prouve pas la régularité du vote, la composition exacte de l'organisme consultatif, ou s'il s'en remet aux indications d'un procès-verbal de séance sur lequel ne figure pas la formalité recherchée, l'irrégularité est considérée comme établie. La solution sera inverse si le moyen invoqué par le requérant n'est appuyé sur aucune précision (42).

Dans un domaine voisin, lorsque l'administration soutient l'irrecevabilité d'un recours, la forclusion peut dépendre d'un fait : l'avertissement, ou d'une date. Cette preuve, qui dépend de la production des lettres ou récipissés postaux attestant l'accomplissement de la formalité, incombe en général à l'administration, par tous les moyens, par exemple le certificat d'un maire prouvant l'affichage, en mairie, d'un extrait d'un permis de construire (43).

2) L'existence de la communication du dossier tend à devenir une condition essentielle de la légalité de décisions qui, même si elles ne revêtent pas un caractère disciplinaire, ont néanmoins été prises « en considération de la personne ». C'est bien le cas des mesures de mise en congé spécial intervenues en application de décisions présidentielles prises en vertu de l'article 16 de la Constitution. L'arrêt d'Oriano (44) inaugure cette jurisprudence et indique sur quels éléments repose la décision de la Haute Assemblée. Le juge qualifie d'abord la décision ; celle-ci doit revêtir un caractère disciplinaire, ou bien avoir été prise « en considération de la personne ». Cette qualification dépend d'une appréciation d'ensemble qui n'est pas commandée par une preuve particulière (45). Le véritable problème de preuve surgit dans un second stade : la communication qui devait être accomplie l'a-t-elle été en réalité ?

(40) C.E. 10 février 1965, Morati, p. 91.

(41) C.E. 19 janvier 1966, Lemoine, p. 44.

(42) V. par exemple C.E. 14 octobre 1966, Ville de Montdidier, p. 539 (allégation relative à la composition irrégulière d'une juridiction ; cette irrégularité ne ressort pas des mentions contenues dans le jugement attaqué).

(43) Trib. Adm. Paris, 17 janvier 1967, Société Laboratoire Carion, A.J.D.A. 1968, p. 121.

(44) C.E. Assemblée, 23 octobre 1964, d'Oriano, p. 486.

(45) Dans le domaine voisin des emplois à la discrétion du Gouvernement, v. par ex. C.E. 2 février 1966, Torrès, p. 70.

Le plus souvent cette vérification de fait ressort d'un examen des pièces du dossier. Beaucoup de décisions relèvent ainsi « qu'il est constant que la mesure décidée a été prise sans que l'intéressé ait été mis en mesure de demander la communication de son dossier » (46). La formule est identique pour constater, au contraire, l'accomplissement de la procédure (47).

Retenons de tous ces arrêts que ce que le juge attend, c'est beaucoup plus la preuve de l'accomplissement de la formalité de la communication du dossier que celle de son absence. Il s'agit d'une formalité administrative dont l'administration doit être en mesure de justifier l'existence ou le caractère suffisant par tous les moyens.

Aussi il est intéressant d'observer quelle est l'attitude du Conseil d'Etat lorsque le ministre soutient que l'intéressé a été mis à même, en temps utile, de demander communication de son dossier, alors que celui-ci le dénie. Le juge recherche alors dans les pièces du dossier une trace matérielle de *l'existence* de l'avertissement invoqué par l'administration et annule la décision si celle-ci n'apparaît pas (48). La même attitude existe si la formalité a été accomplie, mais de façon insuffisante (49).

SECTION III. — VARIATION DES EXIGENCES DU JUGE EN FONCTION DE LA NATURE DE L'OBJET DE LA PREUVE.

La preuve à apporter par les parties dépend enfin des caractères des faits dont elles se réclament. Nous savons que les juridictions administratives ont tendance à ne pas exiger la preuve d'un fait négatif lorsque le fait positif contraire peut être plus aisément démontré (v. *supra* p. 53 et s.). De même, le juge accepte, dans certains cas, un déplacement de l'objet de la preuve à l'occasion de l'examen d'un détournement de pouvoir.

En réalité, c'est l'ensemble des données particulières à chaque litige qui devrait être évoqué pour essayer d'expliquer dans quelles conditions le juge est appelé à former sa conviction. Parmi ces « données » il convient de noter celle qui, pour M. le Président Latournerie, a trait aux « raisons pratiques et de bonne administration qui plaident en faveur de telle ou telle solution... (et qui)...

(46) Arrêts: d'Oriano, précité ; C.E. 1^{er} mars 1967, Forestier, p. 102 ; C.E. Section, 28 janvier 1966, Braeckman, p. 67 ; C.E. 2 juin 1965, Boutte, p. 328.

(47) C.E. 10 février 1965, Portillon, p. 92 ; C.E. 23 juin 1967, Mirambeau, p. 272, (la preuve résulte ici expressément des pièces du dossier).

(48) C.E. 26 mai 1965, Chaubin, p. 300 (résiliation d'un contrat).

(49) Trib. Adm. Paris, 16 février 1965, Griscelli, p. 728.

bien qu'il soit très rare qu'elle se manifeste extérieurement en tant que telle, dans les décisions du Conseil d'Etat, n'en est jamais absente » (50).

De même, nous semble-t-il, le juge administratif est également animé par le souci de maintenir toujours, au niveau le plus élevé possible, une garantie juridictionnelle des libertés, dans toute la mesure compatible avec les nécessités du fonctionnement des services publics.

Le souci de cet équilibre est constant, mais les conditions de sa mise en œuvre se trouvent précisément fortement influencées par les données de chaque litige et par le caractère des preuves recherchées. Le juge peut ainsi faire varier le contrôle qu'il exerce sur l'ensemble de l'action de l'administration en étant plus ou moins exigeant lors de la formation de sa conviction. On peut le constater chaque fois qu'il est possible de dissocier, dans l'objet de la preuve, un élément purement matériel qui consiste dans l'établissement des faits, et un élément juridique qui a trait à la qualification de ces faits, nécessaire à l'application du droit. Cela peut entraîner le juge à demander des précisions ou des justifications aux parties.

§ I — *La dissociation de l'objet de la preuve et ses conséquences sur la formation de la conviction du juge.*

Cette dissociation existe chaque fois que la solution du litige est subordonnée, non seulement à la conviction que le juge a de l'existence matérielle de certains faits, mais aussi à celle qu'il a de leur qualification juridique. Tel fait constitue-t-il une faute ? tel dommage est-il « anormal » ? peut-on considérer tel agissement comme une erreur « manifeste » ?

Il est incontestable qu'il incombe aux parties de convaincre le juge de l'existence des faits constituant les données matérielles du litige. Mais il y a ensuite un partage des rôles car, si le requérant doit, par exemple, prouver l'erreur de l'administration, seul le juge est, en définitive, à même de se prononcer sur le caractère éventuellement « manifeste » de cette erreur. Il est aidé dans son jugement par les arguments des parties et par les preuves qu'elles font valoir, mais il est bien difficile de réduire la marge de liberté que le juge conserve lors de l'appréciation indispensable à la qualification de l'erreur, et, en conséquence, à la formation de sa conviction.

La même dissociation existe entre la preuve d'un fait constituant une faute et l'appréciation de son caractère de faute « lourde » ou « d'une exceptionnelle gravité » nécessaire pour que soit engagée la responsabilité de certains services publics. On retrouve,

(50) Article précité in Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, p. 189.

au delà des preuves administrées par les parties, la même marge d'appréciation du juge administratif permettant une adaptation constante de son contrôle juridictionnel.

Ce souci d'équilibre entre les intérêts des particuliers et ceux de la puissance publique apparaît encore dans la jurisprudence relative aux violations du principe d'égalité des citoyens considéré sous ses divers aspects et, par exemple, en matière de dommage de travaux publics.

La théorie des dommages de travaux publics repose en partie sur l'idée de risque et le souci de réparer les conséquences d'une rupture de l'égalité entre les administrés.

La solution des litiges provoqués par les dommages de travaux publics dépend du caractère spécial et anormal du dommage constaté. La conviction du juge découle, dans ces hypothèses, d'une part de la preuve d'un dommage de travaux publics et d'autre part des caractères de ce dommage (autre le lien de causalité). Or, si le premier aspect de la démonstration relève d'une preuve apportée par les parties, la détermination du caractère anormal du dommage est assez subjective ; elle constitue le point d'insertion de l'appréciation du juge qui commande sa conviction et la solution du litige.

Ainsi, la jurisprudence n'exclut pas le principe d'une indemnisation en cas de réclamations formulées par des usagers à la suite de travaux entraînant des allongements de parcours, des déviations de trafic et des gênes pour les riverains des voies sur lesquelles la circulation est déviée.

Tout le problème est alors de savoir si : « les modifications entraînées dans la circulation par les changements apportés à l'assiette ou à la direction des voies publiques sont (ou non) de nature à ouvrir droit à indemnité ». Certains arrêts l'admettent (51), d'autres non (52). Cela témoigne parfois, il faut bien le dire, d'un certain empirisme, permettant au juge de faire varier librement le contrôle qu'il exerce sur l'activité administrative.

§ II — *L'arrêt du 13 décembre 1968 « Fédération Nationale des élus républicains municipaux et cantonaux » et l'adaptation du contrôle juridictionnel au moyen d'une action du juge sur la preuve.*

Le principe d'égalité devant les charges publiques tient une grande place dans la jurisprudence relative aux interventions de l'Etat dans le domaine économique. Or, il est fréquent que, dans

(51) C.E. 11 mai 1962, Min. des Armées c/De Tausia, p. 324.

(52) C.E. Section, 2 avril 1965, Boudy ; C.E. 26 mai 1965, Epoux Tebaldini, A.J.D.A. 1965, II, p. 376 ; C.E. 17 février 1967, Min. des Travaux Publics et Transports c/S. Vidal, p. 83.

ce contentieux, l'objet des preuves nécessaires à la formation de la conviction du juge soit difficile à déterminer avec précision (53). La légalité des décisions administratives de nature économique est malaisément contrôlable dès lors que ces décisions ont été prises pour des motifs d'intérêt général relevant de l'appréciation de l'administration.

La conviction du juge et, à travers elle, l'étendue de son contrôle juridictionnel dans ce domaine, dépendent moins d'une preuve que d'une appréciation globale des données du litige. Par exemple le juge aura à se demander si la violation du principe d'égalité des contribuables devant l'impôt est justifiée ?

Il peut fort bien résulter du dossier que tels et tels faits soient en contradiction avec le principe, mais le juge doit tenir compte des exigences de l'action économique de l'Etat. Or le propre de l'interventionnisme économique n'est-il pas précisément la discrimination, la péréquation, l'inégalité ?

Un arrêt d'Assemblée du 13 décembre 1968 (54) apporte, sur cette importante question, des indications intéressantes.

1) *Les circonstances du litige.*

La Fédération Nationale requérante demandait l'annulation, pour excès de pouvoir, d'un décret du 27 août 1964, instituant une majoration de subvention en faveur des opérations d'équipement décidées, soit par des communes fusionnées, soit par des districts ou des syndicats à vocation multiple.

Le juge de l'excès de pouvoir était ainsi conduit à examiner la légalité de dispositions prises en application de la politique gouvernementale d'incitations financières au regroupement des communes.

La Fédération faisait valoir plusieurs moyens, et, entre autres, la méconnaissance par le décret attaqué du principe d'égalité devant la loi. S'ajoutant à des moyens tirés de la violation de l'article 34 de la Constitution, ce moyen pouvait apparaître superfétatoire, comme le faisait remarquer M. le Commissaire du Gouvernement Kahn à la Haute Assemblée. Aussi celle-ci n'y consacre-t-elle qu'un considérant de principe qui offre, à notre avis, un indice précieux de l'état de sa jurisprudence sur ce point :

« Considérant qu'aucune disposition législative, ni aucun principe général du droit, ni en particulier le principe de l'égalité

(53) Sur ce point, voir supra, p. 68.

(54) C.E. Assemblée 13 décembre 1968, Fédération Nationale des élus républicains municipaux et cantonaux, A.J.D.A. 1969, II, p. 33, concl. Kahn.

des contribuables devant l'impôt, n'exigent que les taux des subventions allouées aux différentes communes et à leurs établissements publics pour une même catégorie de travaux d'équipement soient identiques, lorsque les distinctions établies sont *justifiées* par des motifs tirés de l'intérêt général » (55).

2) *L'apport de cet arrêt* est double. Il constitue, en premier lieu, une confirmation de la possibilité de certaines discriminations en matière économique et l'abandon sur ce point du principe d'égalité, mais il indique nettement que c'est à la condition que l'administration *justifie* (et non pas seulement motive) les discriminations qu'elle établit.

Ces distinctions doivent être « justifiées par des motifs tirés de l'intérêt général » et l'on sait que, depuis l'arrêt Sté Maison Génestal, cette disposition n'est pas une pure clause de style ; elle indique que l'administration doit être à même d'établir la légalité des motifs qu'elle invoque.

Cet arrêt annonce peut-être un changement d'optique par rapport au contrôle traditionnel du juge du contentieux économique, tout en demeurant dans le sillage des décisions Barel et Génestal.

Il ne s'agit plus tellement de rechercher et de sanctionner la violation d'un principe d'égalité qui serait invoquée par le requérant et établie par des preuves adéquates au cours de l'instruction, comme cela était traditionnellement le cas (56). Désormais ce contrôle passe par une reconnaissance de l'inégalité comme principe de l'interventionnisme économique, pourvu que l'administration soit en mesure de la justifier. La perspective tend ainsi à être inversée.

Jusqu'à présent l'administration qui appliquait une règle générale avait l'obligation d'examiner les circonstances de fait particulières à chaque situation afin de déterminer si cette situation correspondait bien à la règle applicable. Le juge exerçait alors un contrôle « cas par cas » assez empirique et dépendant de la diversité des situations économiques et des appréciations de l'administration. On peut se demander si le juge administratif ne tente pas plutôt, actuellement, de substituer à ce contrôle « cas par cas » un examen plus rationnel de « catégories » générales, définies par l'administration elle-même. Celle-ci préciserait auparavant quelles sont normalement les exigences de sa politique économique et dans quelle situation elle accordera ou refusera des agréments, des avantages fiscaux, des subventions, c'est-à-dire autant de dérogations à la règle d'égalité.

(55) C'est nous qui soulignons.

(56) C.E. 8 octobre 1958, Sté Cenpa et autres, A.J.D.A. 1959, II, p. 21. C.E. Assemblée, 14 février 1964, Sté d'oxygène et d'acétylène d'Extrême-Orient, p. 107, A.J.D.A. 1964, p. 181.

On voit par là comment, en exigeant de l'administration qu'elle soit en mesure de justifier, c'est-à-dire de prouver, le bien-fondé des distinctions qui commandent ses interventions dans le domaine économique, le juge peut, par le biais d'une action sur la preuve, l'inciter à introduire, d'un point de vue juridique, plus de rationalité dans sa politique.

CONCLUSION de la TROISIEME PARTIE.

La liberté de l'office du juge administratif à l'égard de l'administration des preuves n'est qu'un des aspects du régime de la liberté de la preuve en droit administratif ; mais elle en constitue certainement l'élément essentiel. Seule cette liberté est de nature à expliquer l'originalité profonde du rôle du juge et le champ d'action dont il dispose pour la mise en œuvre de son pouvoir inquisitorial. La liberté du juge dans la recherche des preuves, qui dépend de l'exercice de ce pouvoir inquisitoire, aurait peu d'intérêt si le juge administratif devait ensuite, pour former sa conviction, observer un ensemble de règles légales, fixant impérativement la nature et la valeur des preuves recueillies au cours de l'instruction. L'utilité du pouvoir inquisitoire dans la recherche des preuves et, au delà, dans le développement du contrôle juridictionnel, apparaît au contraire pleinement lorsque l'appréciation du juge et la formation de sa conviction sont libres.

CONCLUSION GENERALE

Nous évoquions, au commencement de cette étude, le paradoxe d'un régime de liberté, inséparable d'une procédure de type inquisitoriale. Toute l'explication du régime des preuves en droit administratif nous paraît découler de cette association inhabituelle.

L'originalité de la preuve transparait distinctement lorsque l'on essaie de l'aborder du point de vue du juge.

Nous découvrons une notion fonctionnelle de la preuve, irréductible aux définitions qui découlent des données habituelles d'un procès entre personnes privées.

Tout en demeurant un moyen classique permettant aux parties de convaincre le juge de l'existence des données matérielles et juridiques du litige qui lui est soumis, la preuve devient en même temps, pour le juge administratif, un terrain d'action privilégié qui peut lui permettre de doser le contrôle qu'il désire exercer sur l'action de l'administration.

Cette intervention du juge dans le domaine des preuves est nouvelle et ne s'explique que par la liberté qui caractérise à tous égards les données classiques du système probatoire mis en œuvre devant les juridictions administratives.

L'autonomie de ce système par rapport aux règles de preuve observées devant les juridictions civiles n'est cependant pas totale.

Seul le contentieux de l'excès de pouvoir, lorsqu'il ne permet pas de juger de véritables droits subjectifs, se dégage suffisamment du régime du droit commun pour que puisse s'y développer une action véritablement originale du juge à travers laquelle la recherche des preuves peut devenir un complément de son contrôle juridictionnel.

Dans le contentieux de pleine juridiction et, d'une façon générale, toutes les fois que l'inégalité des parties est atténuée, le litige soumis au juge administratif repose sur des données de fait assez comparables à celles qui caractérisent les situations litigieuses du droit civil. Les solutions, en matière de preuve, sont en conséquence moins originales car l'intervention du juge y est moins nécessaire que dans le contentieux de la légalité.

Ce dualisme des contentieux ne recouvre d'ailleurs pas exactement la distinction actuelle établie à partir des critères objectif et subjectif, dans la mesure où certaines situations soumises au juge de l'excès de pouvoir permettent de trancher des contestations relatives, en vérité, à l'existence de véritables droits subjectifs.

Sous cette réserve, les problèmes posés par l'objet, la charge et l'administration de la preuve, reçoivent, en droit administratif, des solutions souvent fort différentes de celles du droit civil.

L'objet de la preuve porte normalement sur des points de fait. Mais cette règle n'est pas absolue et il peut y avoir un élargissement de l'objet de la preuve lorsque la règle de droit applicable au litige n'est pas clairement établie. Le juge de l'excès de pouvoir crée souvent le droit qu'il applique et tient compte pour cela des arguments développés par les parties.

La charge de la preuve est également influencée par l'intervention du juge. Dans le plein contentieux et dans les litiges où l'administré conteste la légalité d'une décision dans le but de faire valoir un droit, le juge répartit la charge de prouver entre les plaideurs, compte tenu de leurs prétentions. Ce faisant, il corrige ce qu'une transposition sans nuance de la règle « *actori incumbit probatio* » dans le contentieux administratif pourrait avoir d'excessif, eu égard aux conditions particulières de liaison de l'instance.

Le juge de l'excès de pouvoir va plus loin. Il ne détermine plus son action, même *a contrario*, par rapport à une règle issue de la procédure civile. La preuve de l'illégalité ou de la légalité résulte de l'instruction et l'imputation du risque d'une éventuelle insuffisance de cette preuve ne défavorise pas automatiquement le demandeur.

Tout cela témoigne d'une grande liberté que l'on retrouve enfin lorsque le juge examine la valeur des preuves qui lui sont soumises afin de former sa conviction. Sa liberté découle alors d'une dissociation éventuelle de la preuve des faits et de l'appréciation de la relation de ces faits au droit applicable au litige. Chacune de ces deux opérations, qui, intimement liées concourent à la formation de la conviction du juge, permet à celui-ci de faire varier l'étendue de son contrôle juridictionnel.

Le plus souvent, le juge administratif considère que les faits établis au cours de l'instruction sont compatibles ou incompatibles avec le droit : sa conviction repose alors directement sur les résultats de l'administration des preuves.

Il arrive cependant que la preuve des faits ne permette pas l'application directe de la règle de droit. Celle-ci peut dépendre, soit de la qualification juridique des faits et d'une appréciation du juge, soit de l'état du droit applicable. On assiste alors à une dissociation entre les résultats des preuves administrées par les parties et la conviction que le juge retire de l'examen de l'ensemble

des données du litige. Cette dissociation est la marque de la liberté de l'intime conviction.

La triple originalité de l'objet, de la charge et de l'administration de la preuve qui caractérise le système probatoire observé devant les juridictions administratives s'explique par la conjonction de l'intervention inquisitoriale du juge et de la liberté qui préside à ses investigations dans le domaine des preuves.

Cette originalité est encore accentuée par le contenu que le juge de la légalité donne à la liberté en l'utilisant comme un moyen d'adaptation de son contrôle juridictionnel.

L'action du juge de l'excès de pouvoir sur la preuve annonce une perspective nouvelle dans le développement du contrôle de la légalité.

L'utilisation fonctionnelle des règles de preuve nous paraît étroitement liée, sinon à une véritable « crise » du contrôle des motifs des actes de l'administration, du moins au fait que ce contrôle a atteint aujourd'hui un développement tel que tout progrès essentiel passe maintenant par une action du juge de la preuve.

De plus en plus, la logique du contrôle des motifs incite le juge à exiger que la puissance publique soit en mesure de produire et de justifier les motifs de ses décisions, même discrétionnaires. L'office du juge est marqué par cette conception fonctionnelle de la recherche des preuves, qui est plus ou moins accentuée en fonction de l'étendue du contrôle juridictionnel. Lorsque ce contrôle est suffisamment précis et inclut, notamment, la qualification juridique des faits, l'action du juge sur les preuves n'en conditionne pas directement l'efficacité.

Au contraire, lorsque l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire et dispose de prérogatives qui accentuent encore l'inégalité des parties, la complémentarité du contrôle des motifs et de l'intervention du juge dans le domaine de la preuve est essentielle. En exigeant de l'administration qu'elle justifie les motifs de ses décisions, le Conseil d'Etat rétablit un équilibre dans l'instance, tout en manifestant son souci d'exercer le contrôle qui lui appartient, quelles qu'en puissent être les difficultés.

Ce faisant, le juge administratif demeure entièrement fidèle à sa mission qui est d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité et la liberté des citoyens.

BIBLIOGRAPHIE

I — OUVRAGES GENERAUX.

- ALIBERT, « Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir » Edit. Payot 1926.
- ANDRIEU-FILLIOL, Code annoté des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre. 5^e édition 1965.
- AUBRY et RAU, « Cours de Droit Civil Français », Tome XII, 5^e édit. revue par BARTIN, 1922.
- AUBY et DRAGO, Traité de contentieux administratif (trois tomes) L.G.D.J. 1962.
- BENOIT (P.F.), Droit administratif, Dalloz, 1968.
- BURDEAU, Les libertés publiques, L.G.D.J. 1966.
- CHEVALIER (J), Cours de droit civil approfondi, « La charge de la preuve », Les Cours de Droit, 1958-59.
- DEBBASCH, Manuel de droit administratif, 1968 (Ed. Cujas).
- DUEZ et DEBEYRE, Traité de droit administratif, 1952.
- DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 1928.
- ESMEIN, Cours de droit civil approfondi, « La preuve en Droit Civil », Les Cours du Droit, 1955-56.
- GABOLDE, Petit Manuel des procédures d'urgence, suivies devant le Tribunal Administratif. Edit. 1956, (Dalloz).
- GABOLDE, Traité pratique de la procédure administrative contentieuse, Dalloz 1960 mise à jour 1964.
- GABOLDE, Manuel formulaire de la procédure suivie devant le Tribunal Administratif, Dalloz, 1967.
- HAMPSON, Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration L.G.D.J. 1958, Traduc. COCATRE-ZILGIEN.
- LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, (Deux tomes), 1896.
- LANDON, Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir, des origines à 1954. L.G.D.J. 1962 ; et depuis 1954, L.G.D.J. 1968.
- LAUBADERE (DE), Traité élémentaire de droit administratif (3 tomes), 3^e et 4^e éditions, L.G.D.J. 1966 et 1967.
- MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, 1946.
- ODENT, Contentieux administratif, Cours à l'I.E.P. Les Cours du Droit 1965-66.
- PLANTEY, Traité pratique de la fonction publique, L.G.D.J. 1963, (2 tomes).
- PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de Droit Civil Français, Tome VII 1954.
- RIVERO, Droit administratif, éd. Dalloz, 3^e éd. 1965.
- SOLUS, Cours de droit judiciaire privé, Les Cours du Droit Paris.
- VEDEL, Droit Administratif P.U.F. 1964.
- VEDEL, Cours de Droit Administratif, Les Cours du Droit 1965-66.
- VIZIOZ, Etudes de procédure, Bière 1959.
- WALINE, Droit Administratif, 9^e édit. Sirey.
- Encyclopédie DALLOZ de procédure civile.
- Répertoire DALLOZ de droit public et administratif, mise à jour 1968.
- Jurisclasser de droit administratif.
- Jurisclasser de procédure civile.
- Les « Grands Arrêts de la jurisprudence administrative. », LONG, WEIL et BRAIBANT. Sirey 1965 (4^e éd.).
- Chroniques de jurisprudence à l'Actualité Juridique de droit administratif, à la Revue de Droit Public et à la Revue Administrative.

II — THESES.

- BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, L.G.D.J. 1962.
- BOURDONCLE, Liberté d'opinion et fonction publique en droit positif français. L.G.D.J. Paris.
- CASTAGNE, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative. L.G.D.J. 1964.
- CAVARE, Les recours de l'Administration devant le juge. 1920.
- CHAUDET, Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse. L.G.D.J. 1967.
- DEBBASCH, Procédure administrative contentieuse et procédure civile. L.G.D.J. 1962.
- DERUEL, La preuve en matière fiscale, Paris 1962 (dactyl.).

- DRAN, Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques. L.G.D.J. 1968.
- FAVOREU, Du déni de justice en droit public français. L.G.D.J. 1964.
- FONT-REAU, Les pourvois devant le Conseil d'Etat contre les décisions des autres tribunaux administratifs. 1930.
- GILLI, La cause juridique de la demande en justice en droit administratif. L.G.D.J. 1962.
- GOLDENBERG, Le Conseil d'Etat juge du fait. Paris 1932.
- GORPHE, L'appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique. 1947.
- HAUSS, L'introduction et l'instruction des requêtes présentées devant les nouveaux tribunaux administratifs. Strasbourg 1959 (dactyl.).
- ISAAC, La procédure administrative non contentieuse. L.G.D.J. 1968.
- JEANNEAU, Les principes généraux dans la jurisprudence administrative, Sirey 1954.
- KORNPROBST, La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir. L.G.D.J. 1959.
- LACHARRIÈRE Ladreit de, Le contrôle hiérarchique de l'Administration dans la forme juridictionnelle. Paris 1937.
- LE GALL, Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés. Paris 1967 (dactyl.).
- LEGEAIS, Les règles de preuve en Droit Civil. Permanence et transformations. Poitiers 1954.
- LENOAN, La procédure devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux en premier et en dernier ressort. Dalloz 1954.
- MEJEAN (Ch), La procédure devant le Conseil de Préfecture, Paris 1949.
- NIZARD, Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative. L.G.D.J. 1962.
- NORMAND, Le juge et le litige. L.G.D.J. 1965.
- PACTET, Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative. Paris, Pédone, 1952.
- VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire. L.G.D.J. 1959.
- WEIL, Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Pédone 1952.

III — ARTICLES & CHRONIQUES.

- AUBY, La procédure administrative non contentieuse, D. 1956, chr. p. 27.
- AUBY, Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative. A.J.D.A. 1966, p. 5.
- BENTZ, Le tiers à l'acte administratif. R.P.D.A. 1958, p. 164 et 1959, p. 1.
- BELLANGER, Les présomptions d'authenticité et de sincérité des actes administratifs, R.D.P. 1968, p. 543.
- BELTRAME, Le contrôle des prix et le juge. Rev. Adm. 1967, p. 670.
- BERLIA, Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs. R.D.P. 1940-41, p. 370 et s.
- BERNARD (M), Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'Administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires. Et. et Doc. 1957, p. 53.
- BONNARD, Les droits publics subjectifs des administrés, R.D.P. 1932, p. 695.
- BONNEAU, La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs. D. 1965, chr. N° 2.
- BOULANGER, Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi, in Travaux de l'Association H. CAPITANT. 1949, p. 61.
- BOULANGER, Réflexions sur le problème de la charge de la preuve. Rev. trim. Dr. Civ. 1966, p. 736.
- BREDIN J.D., Commentaire du décret du 13 octobre 1965. D.S. 1965 III. 195.
- CADOUX-TRIAL (Mme), La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat. Et. et Doc. 1953, pp. 85 et 86.
- CAMUS (Mlle), Réflexions sur le détournement de procédure. R.D.P. 1966, p. 65.
- CHENOT, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat. Et. et Doc. 1950, p. 77.

- CHEVALIER (J), Le contrôle de la Cour de Cassation sur la pertinence de l'offre de preuve. D. 1956, chr. p. 37.
- CHEVALIER (J), Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles. Rev. Trim. Dr. Civ. 1962, p. 5.
- DABEZIES, Le problème du droit à concourir. R.D.P. 1967, p. 1123.
- DEBBASCH, « Déclin du contentieux administratif ? » D.S. 1967 Chr. p. 95.
- DEMENTHON, Des contrats en la forme administrative. D. 1946, chr. p. 18.
- DRAGO, Etude relative aux décisions rendues par le Conseil d'Etat au cours de l'année judiciaire 1965-66. Séminaire d'études publié in Et. et Doc. 1967, p. 145.
- DUCAMIN, Le Conseil d'Etat, juge fiscal. A.J.D.A. 1962, p. 204.
- DUPEYROUX, La jurisprudence, source abusive du droit, in Mélanges MAURY, Tome II p. 349.
- FOUGERE, Les secrets de l'Administration, in Bull. de l'Institut International d'Administration Publique, 1967 n° 4.
- FROMONT, Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative. A.J.D.A. 1966, p. 588.
- GABOLDE, A la recherche du recours pour excès de pouvoir, R.P.D.A. 1957, p. 97.
- GABOLDE, Pour une procédure de clôture de l'instance devant la juridiction administrative. D.S. 1965, chr. p. 223.
- GALMOT, Le contrôle juridictionnel des saisies d'écrits imprimés. Et. et Doc. 1959, p. 57.
- GANDOLFI, Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir. J.C.P. 1964. I. 1835.
- GAZIER, Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir. Et. et doc. 1951, p. 77.
- GUILLIEN, Le problème de la juridiction administrative et spécialement de droit commun, parmi les problèmes généraux, et notamment politiques, de l'Etat, in Mélanges MESTRE, p. 285.
- GUILLOIS, De l'arrêt BOUTEYRE à l'arrêt BAREL, in Mélanges MESTRE, p. 297.
- HEILBRONNER, Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux. D. 1953, chr. p. 183.
- HEURTE, L'enquête devant les juridictions administratives. J.C.P. 1952.I.1037.
- HEURTE, La notion d'ordre public dans la procédure administrative. R.D.P. 1953, p. 615.
- HEURTE, L'acquiescement dans la procédure administrative. R.D.P.A. 1954, p. 182.
- HEURTE, De quelques problèmes relatifs à l'expertise devant les Tribunaux Administratifs. A.J.D.A. 1955.I.37.
- HEURTE, La tierce-opposition en droit administratif. D. 1955, chr. p. 67.
- HEURTE, Conclusions nouvelles et moyens nouveaux à l'audience du Tribunal Administratif. A.J.D.A. 1957.I.37.
- HEURTE, Les règles générales de procédure. A.J.D.A. 1964, p. 3.
- JEZE, La jurisprudence du Conseil d'Etat et le détournement de pouvoir. R.D.P. 1944, p. 58.
- KORNPROBST, L'erreur manifeste. D.S. 1965, chr. p. 121.
- LAMPUE, La distinction des contentieux, in Mélanges SCELLE, 1950, tome I, p. 285.
- LANGROD, Procédure administrative et droit administratif. R.D.P. 1948, p. 549.
- LAPANNE-JOINVILLE, La représentation de l'Etat comme défendeur devant les Tribunaux Administratifs. A.J.D.A. 1958, p. 103.
- LAPANNE-JOINVILLE, La direction de la procédure devant les Tribunaux administratifs, A.J.D.A. 1965, pp. 324 et 380.
- LARGUIER, La preuve d'un fait négatif. Rev. Trim. Dr. Civ. 1953, p. 1.
- LATOURNERIE (R), Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, in Livre Jubilaire du Conseil d'Etat. Sirey 1949, p. 239.
- LAUVAU (G), Le prétendu pouvoir discrétionnaire d'exclure un candidat d'un concours administratif. J.C.P. 1953. I. 1128.
- LEMASURIER (Mlle), La preuve dans le détournement de pouvoir. R.D.P. 1959, p. 38.
- LETOURNEUR, L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir. Et. et Doc. 1953, p. 66.

- LETOURNEUR, L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Et. et Doc. 1962, p. 51.
- LETOURNEUR, L'évolution récente de la jurisprudence administrative concernant la protection des droits des citoyens. R.I.S.A. 1965, p. 25.
- MANIN, Le commerce extérieur devant le juge administratif. Rev. Sc. Fin. 1968, p. 341.
- MATHIOT, La théorie des circonstances exceptionnelles. In Mélanges MESTRE, Sirey 1956, p. 413.
- MEGRET, De l'obligation pour l'Administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire. Et. et doc. 1953, p. 77.
- MEJAN (F), Les différences entre les procédures devant le Conseil d'Etat et devant les Tribunaux administratifs. Et. et Doc. 1957, p. 141.
- MOTULSKY, L'office du juge et la loi étrangère, in Mélanges MAURY 1960.I.337.
- MOTULSKY, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D.S. 1964, chr. p. 235.
- MOTULSKY, La réforme du Code de Procédure Civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès. J.C.P. 1966.I.1996.
- ODENT, La jurisprudence du Conseil d'Etat concernant l'épuration administrative. Et. et Doc. 1947, p. 48.
- ODENT, Les droits de la défense. Et. et Doc. 1953, p. 55.
- PATARIN, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, ouvrage collectif. Dalloz 1956.
- PIERNET, Les aspects pratiques de la procédure devant les Tribunaux Administratifs. A.J.D.A. 1954, p. 158.
- RAUX, L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation. A.J.D.A. 1967, p. 197.
- RIVERO, Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? D. 1951, chr. p. 21.
- RIVERO, Apologie pour les faiseurs de système. D. 1951, chr. p. 99.
- RIVERO, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif. Et. et Doc. 1955, p. 27.
- SIMONNET, Le contrôle juridictionnel des incitations fiscales. A.J.D.A. 1968, p. 275.
- SOTO De, Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique. Et. et Doc. 1952, p. 64.
- SOTO De, La procédure devant les nouveaux Tribunaux Administratifs. A.J.D.A. 1954.I. pp. 41 et 145.
- SOUBEYROL, La communication des documents administratifs aux administrés. A.J.D.A. 1958.I.43.
- TOURDIAS, Référé administratif et constat d'urgence. J.C.P. 1961.I.1628.
- VIDAL, L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative. R.D.P. 1952, p. 292.
- WALINE, Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. R.D.P. 1930, p. 209.
- WALINE, Vers un reclassement des recours du contentieux administratif ? R.D.P. 1935, p. 205.
- WALINE, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in Etudes en l'honneur de G. SCELLE, 1950, tome II, p. 613.
- WALINE, Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration. Et. et Doc. 1956, p. 25.
- ZAQUIN, La preuve en droit fiscal. Dr. Fiscal 1958, N° 27 bis.

IV — CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE.

- BARBET, concl. sur C.E. Section, 29 juin 1951, Syndicat de la Raffinerie de Soufre Français. S. 1952 III.33.
- F.B. Note sous C.E. 11 mars 1960, Société des Travaux et Carrières du Maine, D. 1960, J. 433.
- BERGET, concl. sur C.E. 10 août 1918, Villes, p. 481.
- BERNARD M., concl. sur C.E. 19 octobre 1962, BROCAS, R.D.P. 1962, p. 1181.
- BERNARD, concl. sur C.E. Ass. 23 octobre 1964, d'Oriano, R.D.P. 1965, p. 282.

- BERNARD, concl. sur C.E. Section, 14 juin 1967, SANTUCCI, p. 251.
- BERTRAND, concl. sur C.E. 26 janvier 1968, Sté Maison GENESTAL (p. 62).
- BESSION (Mlle), Note sous C.E. Section, 26 janvier 1968, Sté Maison GENESTAL, Dr. Soc. 1968, p. 295.
- BLUM, concl. sur C.E. 29 novembre 1912, BOUSSUGE, S. 1914.III.33.
- BRAIBANT, concl. sur C.E. 17 décembre 1958, Soc. Olympia Press GIRODIAS, D. 1959, p. 175.
- BRAIBANT, concl. sur C.E. Section, 11 octobre 1963, Assoc. « Les Amis du Site de CLAGNY », A.J.D.A. 1964, p. 55.
- BRAIBANT, concl. sur C.E. 17 juin 1964, PONCIN, R.D.P. 1964, p. 811.
- BRAIBANT, concl. sur C.E. Min. de l'Agriculture c/SIMONNET, R.D.P. 1964, p. 182.
- BRAIBANT, concl. sur C.E. 15 juillet 1964, Min. de la Santé Publique c/LALO, A.J.D.A. 1965 II.125.
- CHAPUS, note sous C.E. 21 décembre 1960, SERRA et VICAT-BLANC, D. 1961 J. 421.
- CHARDEAU, concl. sur C.E. Ass. 16 décembre 1955, Dame BOUOKBA, in Rev. Jur. et Pl. de l'Union Française 1956, p. 347.
- CHARDEAU, concl. sur C.E. Ass. 30 janvier 1959, GRANGE, p. 85.
- CHARDEAU, concl. sur C.E. 26 octobre 1960, RIOUX, p. 558.
- CHARLIER, note sous C.E. 15 mars 1946, Cie d'Exportation de Madagascar, Rec. Penant, 1947, p. 7.
- CHENOT, concl. sur C.E. 10 février 1950, GIQUEL, p. 99.
- COPPER-ROYER, observ. sous C.E. 20 janvier 1954, Soc. GALLOT, A.J.D.A. 1955 II.322.
- COPPER-ROYER, observ. sous C.E. 18 mars 1955, CARDINAE, A.J.D.A. 1955 II.368.
- DEMICHÉL, note sous C.E. 13 novembre 1964, Ministre de l'Intérieur c/LIVET, D.S. 1965, p. 668.
- DETTON, concl. sur C.E. 15 mars 1946, Cie d'Exportation de Madagascar, Rec. Penant, 1947, p. 7.
- DEWOST (et MASSOT), Chr. sur C.E. Section, 26 janvier 1968, Sté Maison GENESTAL, A.J.D.A., 1968, p. 102.
- DRAGO, note sous C.E. 25 juillet 1952, FOUSSE et EWALD, R.D.P. 1953, p. 316.
- DRAGO, note sous Ass. 16 décembre 1955, Dame BOUOKBA, Dalloz 1956, p. 392.
- DRAGO, note sous C.E. 17 mars 1965, Sieur S. A.J.D.A. 1965 II.300.
- DRAN, note sous C.E. Section, 22 avril 1966, Ministre de l'Intérieur c/MONY, D.S. 1966, p. 504.
- EISENMANN, observ. sur C.E. Ass. 28 mai 1954, BAREL et autres, R.P.D.A. 1954, p. 156.
- FOURNIER, concl. sur C.E. Section, 26 juin 1959, Syndicat Algérien de l'Education surveillée, A.J.D.A., 1960, II, p. 265.
- GABOLDE, note sous C.E. 19 février 1965, SOURIS, D.S. 1965.J.219.
- GALMOT, concl. sur C.E. Section, 5 février 1965, Assoc. « Comité d'entente pour l'Algérie Française », p. 73.
- GALMOT, concl. sur C.E. Section, 22 avril 1966, Ministre de l'Intérieur c/MONY et TOCHOU (2 espèces), R.D.P., 1966, p. 584.
- GILLI, note sous C.E. 27 octobre 1965, Ministre de l'E.N. c/SUDAKA et LAMAS, D.S. 1966.J.145.
- GREVISSE, concl. sur Ass. 11 mars 1955, Secrétaire d'Etat à la Guerre c/COULON, R.D.P. 1955, p. 995.
- GREVISSE, concl. sur C.E. 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie, A.J.D.A., 1958 II.125.
- GUIONIN N, concl. sur C.E. 22 décembre 1949, S.A. des Automobiles BERLIET, S. 1951. III.7.
- GUIONIN N, concl. sur C.E. Section, 12 juillet 1955, GRUNBERG, p. 407.
- GULDNER, concl. sur C.E. 7 juin 1957, Préfet de la Gironde, A.J.D.A. 1957, p. 365.
- J.G., note sous C.E. 14 mai 1948, IMBACH, D. 1949.III.226.
- HAURIOU, note sous C.E. 29 novembre 1912, BOUSSUGE, S. 1914.III.33.
- HENRY, concl. sur C.E. Ass. 27 octobre 1961, BREART de BOISANGER, p. 595.

- HEUMANN, concl. sur C.E. Section, 22 avril 1955, assoc. Franco-Russe dite ROUSSKY-DOM, Rev. Adm. 1955, p. 404.
- HEUMANN, concl. sur C.E. Ass. 24 juin 1960, FRAMPAR, p. 412.
- JACOMET, concl. sur C.E. Ass. 4 mars 1955, ATHIAS, R.D.P. 1955, p. 745.
- JUGLART et Du PONTAVICE, note sous Cass. Civ. 2^e, 1^{er} juillet 1966, Dame SABATIER D'ESPEYRAN, J.C.P. 1967.II.15305.
- C.J., observ. sur C.E. 6 janvier 1967, Dames X. et Y. J.C.P. 1967.II.15013.
- KAHN, concl. sur C.E. 1956, Dame Vve GINESTET, A.J.D.A. 1956.II.164.
- KAHN, concl. sur C.E. Section 5 décembre 1958, DUPRE, p. 617.
- KAHN, concl. sur C.E. Ass. 4 mars 1966, Manufacture des Produits Chimiques de TOURNAN, J.C.P. 1966.II.14651.
- KAHN, concl. sur C.E. Ass. 12 janvier 1968, Ministre des Finances c/Dame PERROT, A.J.D.A. 1968.II, p. 179.
- KAHN, concl. sur C.E. Ass. 13 décembre 1968, Fédération des élus républicains Municipaux et Cantonaux, A.J.D.A. 1969, p. 33.
- LANDRON, concl. sur C.E. 30 septembre 1955, LEROUX, R.P.D.A. 1956, p. 81.
- LAPORTE, obser. sur C.E. 23 octobre 1963, dame Vve MUSY, A.J.D.A. 1964 p. 173.
- P.L. Note sous C.E. 4 mars 1964, Dame Vve BORDERIE, A.J.D.A. 1964, p. 524.
- P.L., observ. sur C.E. 26 mai 1965, KUTSCHERA, A.J.D.A. 1965.II.473.
- LASRY, concl. sous C.E. 23 décembre 1955, LEVY, D. 1956.II.27.
- LASRY, concl. sur C.E. 10 mai 1957, S. d'Etat à la Marine Marchande c/Commune de St-Brévin-les-Pins, A.J.D.A. 1957, p. 246.
- LATSCHA, note sous C.E. Ass. 4 mars 1966, Manufactures des Produits Chimiques de TOURNAN, A.J.D.A. 1966, p. 365.
- LAURENT, concl. sur C.E. 1^{er} octobre 1954, GUILLE, Rev. Adm. 1954, p. 512.
- LETOURNEUR, note sous C.E. Section, 20 février 1953, Société INTERCOPIE, S. 1953.III.78.
- LETOURNEUR, concl. sur C.E. Ass. 28 mai 1954, BAREL et autres, R.D.P. 1954, p. 509; R.P.D.A. 1954, p. 149; Rev. adm. 1954, p. 393.
- M.L., note sous C.E. 16 avril 1948, RICHARD, S. 1948.III.62.
- LIET-VEAUX, note sous C.E. 1^{er} juin 1943, MAGNAS, S. 1943.III.37.
- LIET-VEAUX, note sous C.E. 26 juillet 1946, et 18 octobre 1946, S. 1947.III.49.
- LIET-VEAUX, note sous C.E. Ass. 28 mai 1954, BAREL, Rev. Adm. 1954, p. 393.
- LIET-VEAUX, note sous C.E. 22 avril 1966, et 18 mai 1966, Rev. Adm. 1966, p. 277.
- LONG, note sous C.E. 9 juillet 1954, CORDELET, A.J.D.A. 1954.II.396.
- LONG, note sous C.E. Ass. 11 mars 1955, COULON, A.J.D.A. 1955.II.181.
- LONG, concl. sur C.E. Section, 12 octobre 1956, SAPORTA, A.J.D.A. 1956.II.410.
- LONG, concl. sur C.E. 20 avril 1956, Ville de Nice, R.D.P. 1956, p. 575.
- MASSOT et DEWOST, chr. sur C.E. Section, 26 janvier 1968, Sté Maison GENESTAL, A.J.D.A. 1968, p. 102.
- MATHIOT, note sous C.E. 28 mai 1954, BAREL, S. 1954.III.97.
- MEHL, concl. sur C.E. Section, 11 mars 1966, Droit Fiscal, 1967, n° 10.
- MORANGE, note sous C.E. 28 mai 1954, BAREL, D. 1954, p. 594.
- MOREAU J., note sous C.E. 6 novembre 1964, Ville d'Ivry-s/Seine, A.J.D.A. 1965.II.168.
- MORIZOT, concl. sur C.E. 18 avril 1969, Consorts VITRY, A.J.D.A. 1969, p. 424.
- PAULIN B., note sous C.E. Section 19 octobre 1962, DEMONCHAUX, A.J.D.A. 1963, p. 44.
- PAULIN B., note sous C.E. Section, 23 février 1964, DALIGAULT, A.J.D.A. 1964, p. 640.
- PEISER, note sous C.E. 7 juin 1967, ROUGEMONT, A.J.D.A. 1968, II.48.
- POUSSIÈRE, concl. sur C.E. 8 décembre 1958, Dr. Fiscal 1959, N° 27.
- RIVET, concl. sur C.E. 29 novembre 1933, Abbé ROUSSEL, D. 1934.III.7.
- SAUZET, concl. sur T.A. Paris, 8 mai 1959, VICAT-BLANC, A.J.D.A. 1959.II.360.
- SOTO (De) et LEAUTE, note sous C.E. Ass. 11 mars 1955, COULON, D. 1955, J. 555.
- WALINE, note sous C.E. 1^{er} avril 1955, DELARUE, R.D.P. 1955, p. 986.
- WALINE, note sous C.E. 20 juin 1958, GUIMEZANES et 25 juin 1958, BILGER, R.D.P., 1959, p. 108.
- WALINE, note sous C.E. 15 février 1963, Assoc. « Les amis de CHIBERTA », R.D.P., 1963, p. 567.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES PRINCIPAUX ARRETS ETUDIES

29 Novembre 1933, Abbé Roussel, D. 1934.1934.3.7. concl. Rivet	81-86
4 Juin 1947, Frémicourt, p. 245	58
14 Janvier 1948, Canavaggia, p. 18	115-117
27 Février 1948 (Sect.) Frocrain, p. 97	62
31 Janvier 1951, Dame Perney, p. 58	55
20 Février 1953 (Sect.), Sté Intercopie, p. 88	81-91-92-136
15 Mai 1953 (Sect.), Arnouil, p. 237	184
28 Mai 1854, (Ass.), Barel, p. 308, concl. Letourneur	79-111-127 et s. 133-137-175.
9 Juillet 1954, Cordelet, p. 439	79-125
4 Mars 1955 (Ass.), Athias, R.D.P. 1955, p. 745, concl. Jacomet	181
11 Mars 1955 (Ass.), Secrétaire d'Etat à la Guerre c/Coulon, p. 150, R.D.P. 1955, p. 995, concl. Grévisse	34-139 et s.
18 Mars 1955, Cardinael, A.J.D.A. 1955, p. 368, note Copper-Royer	161
16 Décembre 1955 (Ass.), Dame Bourokba, p. 590	62-64-85
23 Décembre 1955, Lévy, D. 1956 II 27, concl. Lasry	130
23 Mars 1956, Dame Vve Ginestet, A.J.D.A. 1946, p. 164, concl. Kahn	36-92-189
2 Novembre 1956, Dame Barland, R.P.D.A., p. 187	43
30 Janvier 1959 (Ass.), Grange, p. 85, concl. Chardeau	131-160
26 Juin 1959, (Sect.), Syndicat Algérien de l'Education surveillée, p. 399	95-147-187
11 Mars 1960, Société des travaux et carrières du Maine, D. 1960, I. 433, note F.B.	40
27 Octobre 1961 (Ass.), Bréart de Boisanger, p. 595, concl. Henry	73-193
21 Décembre 1961, Vicat-Blanc, D.S. 1961, p. 421, note Chapus	133-134
19 Octobre 1962, Brocas, R.D.P. 1962, p. 1181, concl. Bernard (M)	65-74
14 Juin 1963 (Sect.), Epoux Hébert, p. 364, concl. Méric	102-103
17 Juin 1964, Poncin, R.D.P. 1964, p. 811, concl. Braibant	110-174-175
23 Octobre 1964 (Ass.), d'Oriano, p. 486	199
17 Mars 1965, Sieur S., A.J.D.A. 1965 II p. 300, note Drago	94
2 Février 1966, Torrès, p. 70	64
4 Mars 1966 (Ass.), Manufacture des produits chimiques de Tournai, J.C.P. 1966 II 14651, concl. Kahn	70-118
22 Avril 1966 (Sect.), Tochou et Mony (2 espèces), R.D.P. 1956, p. 584, concl. Galmot	118-150
1 ^{er} Juillet 1966, Cass. Civ. 2 ^e , Dame Sabatier d'Espeyran J.C.P. 1967 II 15305, note Juglart et Du Pontavice	141
23 Novembre 1966, Frank et Palfer-Sollier, p. 1055	110-174-175
3 Février 1967, Camelot	66
14 Juin 1967, Santucci, p. 251, concl. M. Bernard	52-116-159
4 Octobre 1967, Couillaud, p. 355	125
12 Janvier 1968 (Ass.), Ministre des Finances c/Dame Perrot, A.J.D.A. 1968 II 179, concl. Kahn	115
26 Janvier 1968 (Sect.), Société « Maison Genestal » p. 62	74-109-110-131 133
13 Décembre 1968 (Ass.), Fédération Nationale des Elus Républicains, Municipaux et Cantonaux, A.J.D.A. 1969, p. 33, concl. Kahn	132-203 et s.
5 Février 1969, Ministre de l'Education Nationale c/Warembourg, N° 73484	172
18 Avril 1969, Consorts Vitry, A.J.D.A. 1969, p. 362, note Homont, p. 424, concl. Morizot	174

TABLE DES MATIERES

	Pages
INTRODUCTION	9
PREMIERE PARTIE	
LE JUGE ET LE CONTROLE DES PREUVES	13
Chapitre Premier — LA NOTION DE PARTIE ET LA PREUVE	15
Section I — En matière de preuve, l'administration est considérée comme une partie	16
§ I — Les notions de preuve et de partie dans le contentieux administratif	17
A — La notion de preuve	17
B — La notion de partie	19
§ II — Examen critique des conséquences de l'exclusion des parties sur le régime des preuves dans le contentieux de la légalité	19
A — La thèse de la nature objective du recours pour excès de pouvoir est critiquée par une partie de la doctrine	19
1) Le principe de la thèse objective	19
2) Les restrictions apportées à la thèse objective	24
3) Le développement des thèses subjectivistes	25
B — L'explication du régime des preuves n'est pas liée dans le recours pour excès de pouvoir à l'exclusion de la « notion de partie »	26
1) La nécessaire démythification de la « notion de partie »	27
2) Le régime des preuves est indépendant des critères actuels de distinction des contentieux	28
Section II — L'administration est soumise aux exigences du droit à la preuve	31
§ I — Le principe du contradictoire et la liaison de l'instance	31
A — Le principe du contradictoire de la procédure adminis- trative contentieuse	31
B — Le caractère contradictoire de la procédure et la liaison de l'instance	32
1) Les particularités de la liaison de l'instance ont pu faire douter que le débat engagé devant le juge de la légalité fût véritablement contradictoire	33
2) Quelles que soient ces particularités la liaison de l'instance demeure contradictoire	34
§ II — Le principe du contradictoire et le droit à communication	36
A — L'initiative des communications	37
1) La mise en œuvre des communications	37
2) Communications entre parties et à l'égard du juge	38
B — Le contenu des communications	39
1) La liberté d'information des parties	40
2) La liberté de production des parties	41
C — Les sanctions du défaut de communication	41
1) Les sanctions du défaut de communication imputable au requérant	41
2) Les sanctions du défaut de communication imputable à l'administration défenderesse	42

Chapitre Second — LE CONTROLE DE LA PRODUCTION DES PREUVES	47
Section I — Le contenu de l'offre de preuve	48
Sous-section I — La solution du litige ne dépend pas de la production d'une preuve	49
§ I — Premier cas : l'absence de contestation contentieuse	50
§ II — Deuxième cas : l'évidence	51
Sous-section II — La solution du litige dépend de la production d'une preuve	51
§ I — Désaccord sur l'existence ou la matérialité des faits	52
A — Caractères du litige	52
B — Caractères de l'objet de la preuve	53
1) La distinction des faits positifs et négatifs	53
2) La distinction des preuves objectives et subjectives	55
C — Rôles respectifs du juge et des parties	57
§ II — Désaccord sur la qualification juridique des faits	58
A — Caractères du litige	58
B — Caractères de l'objet de la preuve	59
C — Rôles respectifs du juge et des parties	59
§ III — Désaccord sur un point de droit	61
A — Désaccord portant sur le champ d'application d'une règle de droit	61
1) Règle en vertu de laquelle agit l'administration	62
2) Règle soumettant à des limites l'action administrative	63
B — Désaccord portant sur le contenu de la règle de droit	64
C — Contestation de la validité du droit applicable	66
Sous-Section III — Conséquences de l'indétermination de la règle de droit applicable au litige sur la nature de l'objet de la preuve	67
§ I — Le degré d'indétermination du droit applicable au litige est variable	67
A — Le contentieux des décisions intéressant l'ordre public	67
B — Le contentieux des décisions administratives à caractère économique	68
§ II — L'absence de règle de droit préexistante au litige réalise le degré ultime d'incertitude quant au droit applicable	70
A — Le pouvoir normatif du juge administratif	70
B — Le rôle des plaideurs	72
Section II — La maîtrise du juge sur l'offre de preuve	76
§ I — Le principe du contrôle de la recevabilité de l'objet de la preuve est commun à l'ensemble des juridictions	77
A — Le principe existe devant toutes les juridictions	77
1) Admissibilité	77
2) Caractère concluant	78
3) Pertinence	79
B — Le principe existe dans tous les contentieux	80
§ II — La mise en œuvre du contrôle diffère selon les contentieux	81
A — L'action du juge de plein contentieux sur l'objet de la preuve résulte d'un aménagement du fond du droit	82
B — L'action du juge de l'excès de pouvoir résulte parfois d'une adaptation du contrôle juridictionnel	83
1) L'élargissement de la jurisprudence du contrôle de la légalité	83
2) La prise en considération du fait négatif	85
3) La rectification des moyens invoqués par le requérant	85
Section III — Les limites de l'office du juge à l'égard de l'offre de preuve	88
§ I — Etendue de la transposition dans le contentieux administratif du principe de l'immutabilité de l'instance	89
A — Présentation du principe en droit civil	89

B — Transposition du principe dans le contentieux de pleine juridiction	90
C — Examen du principe dans le contentieux de l'annulation	91
§ II — La modification de l'objet de la preuve porte-t-elle atteinte au principe de l'immutabilité de l'instance ?	93
A — Position du problème	93
B — La distinction des deux éléments de l'instance	93
C — La généralité de la cause du recours en annulation ..	94

DEUXIEME PARTIE

LE JUGE ET LA RECHERCHE DES PREUVES	97
Chapitre Premier — LA DECISION DU JUGE DE PARTICIPER A LA RECHERCHE DES PREUVES	99
Section I — Le fondement général de l'intervention du juge : l'inégalité des parties	101
§ I — Les modalités d'intervention du juge dans le domaine des preuves diffèrent selon les contentieux	101
A — Différences entre les recours	101
1) Responsabilité pour faute	102
2) Responsabilité fondée sur le risque	103
3) Recours pour excès de pouvoir	104
B — Explications des différences entre les recours	104
1) Recours pour excès de pouvoir	104
2) Recours de pleine juridiction	105
§ II — Appréciation des difficultés de preuve résultant de l'inégalité des parties	105
A — Positions respectives de l'administré et de l'administration à l'instance	106
1) En premier ressort	106
2) En appel	107
B — La détention par l'administration de la plupart des moyens de preuve	109
1) La plupart des documents de preuve ont un caractère administratif	109
2) Le requérant est doublement défavorisé	110
3) Tempéraments	111
Section II — Les facteurs de variation de l'intervention du juge dans la recherche des preuves	112
§ I — Premier facteur : la nature du pouvoir exercé par l'administration	113
A — L'administration exerce un pouvoir discrétionnaire ..	114
1) Définition et portée du contrôle	114
2) Incidence du pouvoir discrétionnaire sur le régime de la preuve	116
B — L'exercice du pouvoir de l'administration est soumis au respect d'une condition légale	117
1) Définition et portée du contrôle	117
2) Incidence du contrôle de la qualification juridique des faits sur le régime de la preuve	118
C — L'administration exerce une compétence liée	119
§ II — Deuxième facteur : l'initiative ante-judiciaire du litige ..	120
A — Contentieux lié à la demande du particulier	120
1) Le particulier réclame la reconnaissance d'un droit ..	120
2) Le particulier ne peut se prévaloir d'un véritable droit ..	121
B — Contentieux lié à la suite d'une initiative de l'administration	122
§ III — Troisième facteur : l'apport initial des parties en matière de preuve	123
A — L'exigence d'une « allégation précise »	124

1) Le requérant supporte au minimum la charge d'une allégation précise	124
2) L'administration doit contester en défense les allégations précises du requérant	125
B — La nécessité d'un commencement de preuve	126
1) L'arrêt BAREL et les conclusions de M. LETOURNEUR	127
2) Les développements de la jurisprudence BAREL	130
C — Les exceptions à la nécessité d'un commencement de preuve	132
Section III — Les limites de l'intervention du juge dans la recherche des preuves	134
§ I — Le pouvoir inquisitorial et le respect des principes généraux de l'instance	135
A — Le principe du contradictoire est une limite absolue aux pouvoirs du juge	135
B — Le principe de l'immutabilité du litige est une limite plus relative	136
§ II — Le pouvoir inquisitorial et le principe de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative	136
A — Exposé du principe	136
B — Application du principe	137
1) Les secrets professionnels	138
2) Les secrets de la Défense Nationale	138
§ III — Le pouvoir inquisitorial et les règles sur la charge de la preuve	140
Chapitre Second — LES EFFETS DE L'INTERVENTION DU JUGE DANS LA RECHERCHE DES PREUVES	143
Section I — Examen critique de la transposition des règles civilistes de charge de la preuve dans le contentieux administratif	144
§ I — Examen critique des fondements de la règle civiliste attribuant au demandeur la charge de la preuve	144
A — Critiques et controverses relatives à l'article 1315 du Code Civil	145
B — Déclin du principe de neutralité du juge civil	146
§ II — Les limites d'application de la règle « actori incumbit probatio », dans le contentieux administratif	147
Section II — L'instruction permet au juge d'établir sa conviction	148
§ I — La « neutralisation » de la charge de la preuve dans le contentieux de l'excès de pouvoir	149
§ II — La répartition du fardeau de la preuve dans le contentieux de pleine juridiction	152
A — La modification du régime des preuves par une action sur le fond du droit	152
1) Le contentieux fiscal	152
2) Le contentieux de la responsabilité	153
B — La modification du régime des preuves par l'utilisation d'une présomption	153
Section III — L'instruction ne permet pas au juge de former sa conviction	154
§ I — L'administration n'exerce aucun pouvoir discrétionnaire	156
A — L'administration a pris l'initiative de la prétention qui a donné naissance au litige	156
1) En matière disciplinaire	156
2) En matière de police	157
3) En matière de retrait de titre	158
B — L'administration n'a pas pris l'initiative de la prétention qui a donné naissance au litige	158
§ II — L'administration exerce un pouvoir discrétionnaire	159
A — La distinction tirée de l'initiative ante-judiciaire a moins d'importance	159
B — La distinction essentielle demeure celle qui est tirée de la nature du pouvoir de l'administration	161

TROISIEME PARTIE

L'ADMINISTRATION DES PREUVES ET LA CONVICTION DU JUGE ..	163
Chapitre Premier — LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DE LA PREUVE	165
Section I — La liberté des parties dans le choix des modes de preuve	166
§ I — Les conditions d'utilisation des mesures de vérification de preuve	167
A — L'organe chargé de l'instruction	167
1) Devant les Tribunaux Administratifs	167
2) Devant le Conseil d'Etat	168
B — L'incidence des procédures d'urgence	169
§ II — La limitation de l'objet des mesures de vérification de preuve	171
A — L'établissement des faits	171
B — L'attitude du juge de l'excès de pouvoir	173
§ III — Existe-t-il une insuffisance des preuves dans le contentieux de l'excès de pouvoir ?	175
Section II — La liberté du juge dans l'appréciation de la valeur des preuves	177
§ I — L'appréciation souveraine des mesures d'instruction	177
§ II — L'appréciation de la force probante des écrits	179
A — La vérification d'écritures	179
B — L'inscription de faux	180
§ III — L'appréciation du juge en cas de détermination légale des procédés de preuve	182
Chapitre Second — LE PRINCIPE DE L'INTIME CONVICTION	185
Section I — Variation des exigences du juge en fonction de l'objet de la demande en justice	186
§ I — Recherche des conséquences de la nature de la demande en justice sur les conditions de la formation de la conviction du juge	186
A — Demande tendant à la reconnaissance d'un droit	187
B — Demande tendant à l'annulation d'une décision administrative	187
§ II — La distinction actuelle des contentieux ne rend pas suffisamment compte des différences dans la formation de la conviction du juge	188
A — L'administré a pris l'initiative de la prétention initiale	189
B — La demande adressée au juge intervient à la suite d'une prétention de l'administration	190
Section II — Variation des exigences du juge en fonction des moyens invoqués à l'appui de la demande en justice	191
§ I — La preuve du détournement de pouvoir	191
§ II — La preuve du détournement de procédure	194
§ III — La preuve d'une illégalité « externe »	196
A — La preuve de l'incompétence de l'auteur de l'acte	196
B — La preuve des formalités administratives	198
Section III — Variation des exigences du juge en fonction de la nature de l'objet de la preuve	200
§ I — La dissociation de l'objet de la preuve et ses conséquences sur la formation de la conviction du juge	201
§ II — L'arrêt du 13 Décembre 1968 « Fédération Nationale des élus républicains municipaux et cantonaux » et les données actuelles de l'adaptation du contrôle juridictionnel au moyen d'une action du juge sur la preuve	203
CONCLUSION GENERALE	206
Bibliographie	209
Table chronologique des principaux arrêts étudiés	215
Table des matières	216

Visa du Président
Thèse admise à la soutenance
P. les membres du jury
Le Président
M. L. CONSTANS

Visa du Doyen
Autorisation de soutenir
et permis d'imprimer
MONTPELLIER, le 14 mai 1969
Le Doyen
M. A. GOURON

**LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS**

Dépôt légal : 2^e trimestre 1970

N° 1398

IMPRIMERIE PÉRIGOURDINE

17, Place Francheville

24 - PÉRIGUEUX

